

Kenmerk	W12.20.0230/III
Datum aanhangig	7 juli 2020
Datum vastgesteld	30 september 2020
Datum advies	30 september 2020
Datum publicatie	11 december 2020
Vindplaats	Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 4

Volledige tekst

Bij Kabinetsmissive van 7 juli 2020, no.2020001361, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van de verplichting om over een werkwijze te beschikken die gericht is op het creëren van gelijke kansen in het proces van werving en selectie en het toezicht daarop (Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel voorziet in een verplichting in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) voor werkgevers en intermediairs om over een werkwijze te beschikken die gericht is op het voorkomen van arbeidsmarktdiscriminatie. Bij algemene maatregel van bestuur (amvb) kan worden bepaald dat deze verplichting ook geldt voor door werkgevers te verlenen opdrachten aan zelfstandigen. Daarnaast moet een werkgever zich vergewissen van de naleving van deze verplichting bij externe inhuur van arbeidskrachten. Wanneer een overtreding van deze wet leidt tot oplegging van een bestuurlijke boete, wordt deze openbaar gemaakt.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het maatschappelijke belang van een effectieve bestrijding van ongelijke behandeling bij werving en selectie. De verplichting om een werkwijze te hanteren kan een nuttige bijdrage leveren om werkgevers bewuster te maken van deze problematiek. Een dergelijke verplichting valt goed in te passen in de bestaande systematiek van normering in de gelijkebehandelingswetgeving en de handhaving ervan.

Het voorstel om de regeling door de inspectie te laten handhaven is echter problematisch, onder meer nu het hier gaat om normen die nog in ontwikkeling zijn. De gelijkebehandelingswetgeving is een betere plaats voor de regeling. Het College voor de Rechten van de Mens en sociale partners kunnen dan in de ontwikkeling van deze normen het voortouw nemen. In verband daarmee dient het wetsvoorstel nader te worden overwogen.

1. Inleiding: huidige systematiek gelijke behandeling bij werving en selectie

De norm dat discriminatie op de arbeidsmarkt is verboden, vloeit voort uit de Grondwet, internationale verdragen en Europees recht, en is vastgelegd in de gelijkebehandelingswetgeving, (zie noot 1) het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Strafrecht. Deze wetgeving verbiedt thans reeds discriminatie in het kader van werving en selectie van personeel.

Afgezien van de strafbaar gestelde specifieke vormen van discriminatie, wordt de normstelling op het gebied van gelijke behandeling uitgelegd door de civiele rechter en het College voor de Rechten van de Mens (CRM). Het CRM oordeelt over klachten over discriminatie van individuele (aspirant)werknemers, eventueel op verzoek van belangenorganisaties. Daarnaast kunnen organisaties hun beleid door het CRM laten toetsen en kunnen geschilbeslechtende instanties om een oordeel vragen. Ten slotte kunnen ook ondernemingsraden en belangenbehartigende organisaties dat doen. (zie noot 2) Het CRM kan ten slotte ook op eigen initiatief onderzoeken of stelselmatig onderscheid wordt gemaakt en zijn oordeel daarover kenbaar maken. (zie noot 3)

De achtergrond van de huidige systematiek van de gelijke behandelingswetgeving, die kaderwetgeving combineert met zelfregulering met hulp van deskundige advisering door het CRM, is dat deze mogelijkheden biedt voor maatwerk per sector of individuele onderneming. Zo wordt bereikt dat overheidsinterventie niet verder gaat dan noodzakelijk en wordt draagvlak voor het beleid bij werkgevers en werknemers bevorderd. Zij dragen zelf een verantwoordelijkheid voor de uitwerking van de wettelijke bepalingen. (zie noot 4)

De Inspectie SZW heeft tot dusverre een beperkte rol op het gebied van bestrijding van discriminatie. Zo ziet de inspectie erop toe dat werkgevers de risico's inventariseren en maatregelen vaststellen en uitvoeren in het kader van het tegengaan van psychosociale arbeidsbelasting op de werkvloer, welke veroorzaakt kan worden door het maken van direct of indirect onderscheid. (zie noot 5) Daarnaast kan de inspectie een onderzoek instellen naar de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. De uitslag van dit onderzoek kan aan partijen worden medegedeeld. Daarbij kan de minister echter niet zelfstandig sancties opleggen. (zie noot 6)

2. Inhoud van het voorstel

Het voorstel verplicht werkgevers om een werkwijze te hanteren die nodig is om (al dan niet bewuste vormen van) discriminatie tegen te gaan bij werving en selectie. Deze werkwijze moet door werkgevers met 10 of meer werknemers schriftelijk worden vastgelegd. Zij moet in overeenstemming zijn met de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening. (zie noot 7) Bij of krachtens amvb kunnen nadere regels worden gesteld over deze werkwijze.

De toelichting motiveert het voorstel met het argument dat mensen door discriminatie worden uitgesloten van de arbeidsmarkt en hen kansen worden onthouden; het belemmert hun ontwikkeling en zij kunnen hun talenten onvoldoende benutten. (zie noot 8) De voorgestelde maatregel beoogt werkgevers daarom bewuster te maken van de problematiek en de aandacht hiervoor in het beleid rond werving en selectie te vergroten. Indien ondernemers gebruik maken van intermediairs om personeel in te lenen, dienen zij zich er ook van te vergewissen dat deze intermediairs een werkwijze hanteren.

Het wetsvoorstel voorziet ten slotte in de mogelijkheid om de regeling van toepassing te verklaren op de selectie bij het sluiten van contracten door ondernemers met zelfstandigen. De voorgestelde verplichting tot het ontwikkelen en toepassen van een werkwijze betekent

dat sollicitanten de werkgever er ook aan kunnen houden. Het geeft een steviger handvat voor de praktijk.

3. Beoordeling van het voorstel

De Afdeling merkt op dat de verplichting om een werkwijze te hanteren een nuttige bijdrage kan leveren aan de wens om werkgevers bewuster te maken van de discriminatieproblematiek bij werving en selectie. Een dergelijke verplichting valt goed in te passen in de bestaande systematiek van normering in de gelijkebehandelingswetgeving en de handhaving daarvan. Hierbij speelt ook een rol dat de ontwikkeling van werkwijzen nog sterk in beweging is.

Tegen deze achtergrond en de doelstelling van het creëren van bewustzijn bij werkgevers is de rol van de Inspectie SZW bij toezicht en sanctionering van de verplichting om een werkwijze te hanteren echter problematisch. De te handhaven verplichting is immers inhoudelijk nog onvoldoende bepaald. Daardoor bevat zij geen harde norm die zich leent voor handhaving, onder meer met boetes.

Voor zowel werkgevers als voor de inspectie zou dan immers duidelijk moeten zijn aan welke eisen werkwijzen zouden moeten voldoen. Daarmee neemt het risico toe dat als gevolg van het externe toezicht door de inspectie de aandacht vooral wordt gericht op het voldoen aan de door de inspectie gestelde eisen (het lijstje afvinken) terwijl het eigenlijke doel, vergroting van het bewustzijn bij werkgevers, buiten beeld raakt.

Hierna gaat de Afdeling in op het karakter en de ontwikkeling van een werkwijze in relatie tot de voorgestelde rol van de inspectie en de opnemings van de verplichting in de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Vervolgens maakt zij enkele opmerkingen over andere aspecten van het voorstel.

a. Ontwikkeling werkwijzen

Uit de toelichting komt naar voren dat over de inhoud van de te ontwikkelen werkwijzen nog veel onzekerheid bestaat. Voor de invulling en concretisering van de te volgen werkwijze wordt in de toelichting gewezen op interventies en methoden zoals: neutraal maken van wervingsmaterialen, try-outs, door de Commissie testangelegenheden Nederland gevalideerde tests, referenties en aanbevelingen, een eerste selectie op basis van objectieve functie-eisen, gestructureerde interviews en objectivering van de besluitvorming door besluitvorming in een panel en/of gebruik maken van een onafhankelijke derde. (zie noot 9)

De Afdeling constateert voorts dat meer wetenschappelijk onderzoek nodig is naar werkwijzen die effectief zijn in het tegengaan van discriminatie bij werving en selectie, mede in relatie tot de redenen die ten grondslag liggen aan (bewuste of onbewuste) discriminatie door werkgevers. (zie noot 10) Uit de tekst van het voorstel en de toelichting blijkt daarnaast dat de kennis over effectieve werkwijzen zich blijft ontwikkelen, alleen al omdat online werven en de toepassing van algoritmen zich snel ontwikkelen. (zie noot 11)

De Afdeling wijst in dit verband ook op het advies van het CRM, waarin het belang van het opstellen van inhoudelijke standaarden voor de uitwerking van de beoogde werkwijze wordt benadrukt. (zie noot 12) In reactie daarop heeft de regering toegelicht een balans te zoeken tussen de werkbaarheid en toepasbaarheid voor werkgevers en de standaardisatie van normen. (zie noot 13)

De Afdeling kan de introductie van de verplichting een werkwijze te hanteren bij werving en selectie begrijpen tegen de achtergrond van de hiervoor onder 1 geschetste huidige systematiek van de gelijke behandelingswetgeving, die kaderwetgeving combineert met

zelfregulering met hulp van deskundige advisering door het CRM. Daarbij past ook een rol van het CRM bij de totstandkoming van werkwijzen. Het hanteren van een werkwijze sluit daarnaast aan bij de in de oordelen van het CRM gevolgde lijn dat (sollicitatie)procedures inzichtelijk, controleerbaar en systematisch moeten zijn om ongelijke behandeling van sollicitanten te voorkomen. Wanneer een dergelijke werkwijze ontbreekt kan dit bijdragen aan het vermoeden van verboden onderscheid. (zie noot 14)

b. Handhaving door de Inspectie SZW

In de voorgestelde opzet gaat de Inspectie SZW uit eigen beweging toezicht houden op de voorziene verplichting van werkgevers om een werkwijze voor de werving en selectie vast te stellen en toe te passen. Dit kan ook leiden tot het opleggen van sancties namens de minister van SZW.

In het licht van hetgeen de Afdeling hiervoor heeft opgemerkt roept de bestuursrechtelijke handhaving van de in artikel 2a, eerste lid, geformuleerde norm (zie noot 15) door de Inspectie SZW vragen op. In het bijzonder wijst de Afdeling erop dat bestuursrechtelijke handhaving door de Inspectie SZW mede uit het oogpunt van rechtszekerheid vereist, dat uit het voorstel blijkt wat de norm die wordt opgelegd inhoudt en welke stappen een werkgever zal moeten zetten om aan die norm te kunnen voldoen. Alleen dan is het voor werkgevers mogelijk om de norm na te leven en voor de Inspectie SZW om deze te kunnen handhaven. Dit veronderstelt de aanwezigheid van een uitgewerkt en beproefd stelsel van werkwijzen. Zoals hiervoor onder a is besproken, is zo'n stelsel er nog niet, maar wordt dit nog ontwikkeld. Het is als gevolg hiervan niet gewenst om gedetailleerd vanuit de overheid voor te schrijven wat de goede werkwijzen zijn om discriminatie tegen te gaan. De rol die het voorstel aan de Inspectie SZW toedicht, om in het kader van een Basis Inspectie Module beleidsregels op dit gebied te stellen, is dan ook problematisch.

De Afdeling merkt in dit verband voorts op, dat van handhaving door de inspectie, gelet op het uiteindelijke doel van het wetsvoorstel, niet zonder meer positieve effecten mogen worden verwacht. Het doel van het voorstel, zoals dit uit de memorie van toelichting naar voren komt, is immers niet het opleggen en handhaven van regels. Het gaat veel meer om de ontwikkeling van goede werkwijzen en het op gang brengen van een bewustwordingsproces bij werkgevers, een cultuur- en mentaliteitsverandering.

Handhaving door de inspectie brengt echter het risico mee dat de verplichting zal worden benaderd uit het oogpunt van de handhaving en sanctioneren. Dat wil zeggen dat die stappen worden gezet om geen last van de inspectie te hebben (afvinken). De verplichting wordt dan louter als een administratieve last gezien en behandeld: het tegendeel van wat het voorstel nu juist beoogt te bereiken.

Dit wordt versterkt doordat de toets door de Inspectie SZW niet verder zal kunnen gaan dan een beperkte formele toets. Daarbij dreigt het gevaar dat formalisering en juridisering de overhand gaan krijgen boven de cultuurverandering die wordt beoogd. De nadruk komt dan te liggen op controle en handhaving, terwijl het stellen van vertrouwen in werkgevers een betere voedingsbodem biedt voor de noodzakelijke bewustwording.

De Afdeling is er dan ook niet van overtuigd dat de voorgestelde toezichts- en handhavingstaak voor de Inspectie SZW in deze fase van de ontwikkeling van werkwijzen een nuttige bijdrage levert aan het werkelijk bereiken van de beoogde doelen. Daarvoor acht de Afdeling inpassing in de huidige systematiek van de wetgeving inzake gelijke behandeling, waarbij het primaat voor de ontwikkeling en handhaving van deze werkwijzen ligt bij de betrokken partijen zoals hiervoor geschetst, meer aangewezen.

c. Plaats van de wetgeving

In het verlengde van het voorgaande is de Afdeling er niet van overtuigd dat de Arbowet de juiste plaats is voor de voorgestelde verplichting. De Arbowet ziet op de arbeidsomstandigheden binnen de onderneming. De toelichting vermeldt dat voor de Arbowet is gekozen omdat werving voorafgaat aan de arbeidsbetrekking. Daarnaast wijst de toelichting er op dat de Arbowet reeds regelt dat psychosociale arbeidsbelasting voorkomen en beperkt moet worden, (zie noot 16) terwijl discriminatie kan leiden tot psychosociale arbeidsbelasting. (zie noot 17)

De Afdeling merkt op dat de Arbowet thans betrekking heeft op reeds gevestigde arbeidsrelaties. Het voorstel brengt ook de fase die hieraan voorafgaat binnen het domein van deze wet. Daarnaast is de relatie met psychosociale arbeidsbelasting niet evident. Indien iemand nog niet is aangenomen, is er immers nog geen sprake van arbeidsbelasting.

De Afdeling concludeert dan ook dat er inhoudelijk geen verband bestaat tussen de Arbowet en de voorgestelde normen. De Arbowet is daarvoor dan ook niet de meest voor de hand liggende plaats. Die inhoudelijke samenhang is er wél met de gelijkebehandelingswetgeving. Het voorstel kan immers worden gezien als een instrument om de normen van die wetgeving bij werving en selectie beter tot hun recht te laten komen.

De verplichting om een werkwijze te formuleren en te hanteren kan dan ook beter in de Algemene Wet Gelijke Behandeling worden opgenomen. Dat bevordert niet alleen de overzichtelijkheid van de wetgeving, maar biedt ook een beter kader voor de ontwikkeling van werkwijzen. Het ligt voor de hand dat sociale partners en andere betrokken organisaties in samenwerking met het CRM best practices verzamelen en zo werkwijzen ontwikkelen die door partijen in de praktijk kunnen worden gebruikt.

d. Conclusie

De Afdeling concludeert dat de verplichting om een werkwijze te hanteren een nuttige bijdrage kan leveren aan de wens om werkgevers bewuster te maken van de problematiek en de aandacht hiervoor in het beleid rond werving en selectie te vergroten. Een dergelijke verplichting valt goed in te passen in de bestaande systematiek van normering in de gelijkebehandelingswetgeving en de handhaving ervan. Hierbij speelt een rol dat de ontwikkeling van werkwijzen nog sterk in beweging is. Het voorgestelde toezicht en sanctionering door de Inspectie SZW zijn in dat licht echter problematisch. Bovendien bestaat het risico dat als gevolg van het externe toezicht door de inspectie de aandacht vooral wordt gericht op het voldoen aan door de inspectie gestelde eisen (afvinklijstje) terwijl het eigenlijke doel, vergroting van het bewustzijn bij werkgevers, buiten beeld raakt.

De Afdeling adviseert de voorziene toezichts- en handhavingstaken voor de Inspectie SZW te schrappen en de voorgestelde normering over te brengen van de Arbowet naar de meer daarvoor geëigende gelijkebehandelingswetgeving. Zij adviseert het voorstel in lijn hiermee aan te passen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling ten aanzien van het voorliggende voorstel het volgende op.

4. Andere aspecten van het voorliggende voorstel

a. Verhouding tot gelijke behandelingswetgeving

De toelichting gaat niet in op de verhouding van het voorstel tot de bestaande gelijke behandelingswetgeving. Zo is het de vraag of een aspirant-werknemer en andere

belanghebbende partijen naleving van de nieuwe norm ook bij de civiele rechter kunnen afdwingen en op welke wijze. Ook is onduidelijk of in een civiele procedure het ontbreken van een (vastgelegde) werkwijze een bewijsvermoeden kan opleveren dat discriminatie daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

Daarnaast is niet helder hoe de beoogde nieuwe rol van de Inspectie SZW zich verhoudt tot die van het CRM. Aspirant-werknemers kunnen zich bij het CRM melden met klachten over discriminatie door werkgevers. Het is de vraag op welke wijze onderhavig voorstel van invloed zal zijn op dit type zaken. Zou een sollicitant bij de Inspectie SZW een klacht kunnen indienen over het gebrek aan het hanteren of toepassen van een werkwijze om discriminatie tegen te gaan? Zou hierover daarnaast ook een oordeel kunnen worden gevraagd van het CRM?

Daarnaast is van belang of het CRM inhoudelijk wordt betrokken bij de normen die door de Inspectie SZW zouden moeten worden geformuleerd.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader op het voorgaande in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

b. Rol van de Inspectie SZW in relatie tot de normstelling

Volgens de toelichting zal de Inspectie SZW nagaan of de opgestelde werkwijze is aangepast zo dikwijls als de daarmee opgedane ervaring, gewijzigde werkmethoden of werkomstandigheden of de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening daartoe aanleiding geven. Daartoe wordt gebruik gemaakt van een Basis Inspectie Module die wordt opgesteld op basis van de stand van de wetenschap, welke op de website van de Inspectie SZW wordt gepubliceerd. Die passage wekt de indruk dat de concrete normstelling ten aanzien van dit onderwerp daarmee in feite wordt opgedragen aan de Inspectie SZW.

De Afdeling merkt op dat het van belang is dat zoveel mogelijk wordt voorkomen dat een situatie ontstaat waarbij de Inspectie SZW zowel inhoudelijk de norm stelt als deze handhaaft. Mede daarom, alsook met het oog op het primaat van de wetgever, dienen de hoofdlijnen van de regeling in de wet zelf te worden vastgelegd. (zie noot 18)

De Afdeling adviseert het voorstel op dit punt aan te passen.

c. Wijze van handhaving

De Inspectie SZW zal volgens het voorstel toezien op de naleving van de verplichting om een werkwijze te hanteren om discriminatie tegen te gaan bij werving en selectie, en op het toepassen van de vergewisplicht bij inhuur van personeel via intermediairs. (zie noot 19)

De Afdeling merkt op dat het ontbreken van een nadere precisering van de normstelling noodzakelijkerwijs complicaties meebrengt voor de uitvoering van de toezichthoudende taak door de inspectie. In het kader van de sanctionering brengt ook het rechtszekerheidsbeginsel mee dat de inhoudelijke norm voldoende duidelijk moet zijn.

De toelichting maakt voorts niet duidelijk op welke wijze de Inspectie SZW de norm zal handhaven. Het zou in de rede liggen dat hiervoor gebruik wordt gemaakt van het instrument van de eis tot naleving (zie noot 20) teneinde de open norm van het voorgestelde artikel 2a Arbowet toe te spitsen op de concrete onderneming. Pas indien een werkgever een gestelde eis tot naleving niet nakomt, zou sanctionering aan de orde moeten komen. Hoewel dit systeem lijkt voort te vloeien uit de Arbowet, is de toelichting hierover niet geheel eenduidig.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande nader in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.

d. Positie kleine werkgevers

Bij het op schrift stellen van een werkwijze die gericht is op voorkoming van discriminatie bij werving en selectie moet de werkgever volgens de toelichting uitgaan van wetenschappelijke standaarden. De Afdeling constateert dat een uitwerking van de werkwijze die aan deze standaarden voldoet aanzienlijke tijd en middelen kan vragen van werkgevers. Zowel de werkgevers als het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) wijzen op de hoge administratieve lasten die verbonden zijn aan dit voorstel, en verbinden daaraan een negatief oordeel over de wenselijkheid hiervan. (zie noot 21) In reactie hierop heeft de regering in het voorstel de plicht om de werkwijze op schrift te stellen laten vervallen voor werkgevers met in de regel minder dan 10 werknemers. (zie noot 22)

Het tijdsbeslag dat voor kleine werkgevers gemoeid is met de implementatie van het voorstel wordt geschat op 20 minuten per jaar. (zie noot 23) Een dergelijk gering tijdsbeslag biedt slechts de mogelijkheid om een standaard aangeboden werkwijze op de website te plaatsen. Dit roept de vraag op of met name voor de kleinere ondernemingen het voorstel veel betekenis zal krijgen.

Tegelijkertijd zal voor de werkgevers met minder dan tien werknemers die de werkwijze niet op schrift behoeven te stellen de verplichting nog steeds administratieve lasten meebrengen. Zij moeten immers desgevraagd alsnog over een werkwijze beschikken. De facto zullen zij zich daar toch op moeten voorbereiden. Daarnaast geldt voor alle werkgevers de boven geschetste onzekerheid over wat de inhoud dient te zijn van de werkwijze. (zie noot 24)

In het voorstel dient de werkgever zich op de hoogte te stellen van de stand van de wetenschap en aan de hand daarvan een werkwijze voor werving en selectie te formuleren. De Afdeling gaat ervan uit dat dit van grote werkgevers, met een grotere personeelsadministratie, in redelijkheid kan worden verwacht. Voor kleine bedrijven en middelgrote ondernemingen tot 50 werknemers beoordeelt de Afdeling dit echter anders. De genoemde grens sluit aan bij de omvang waarbij ondernemers verplicht zijn om een ondernemingsraad in te stellen en derhalve een op schrift gesteld personeelsbeleid moeten voeren. (zie noot 25) Voorts hebben ondernemingen van deze omvang met enige regelmaat vacatures zodat het zinvol is hiervoor een beleid vast te leggen.

De Afdeling merkt daarnaast op dat de vrijstelling voor werkgevers met minder dan 10 werknemers om de werkwijze schriftelijk vast te stellen, van beperkte betekenis is, nu zij, indien de inspectie dit nodig acht, daar alsnog toe kunnen worden verplicht. Wanneer een verplichting voor het hanteren van een werkwijze eerst bij de grotere ondernemingen wordt ingevoerd, kan de werking hiervan nader worden onderzocht. In een later stadium kunnen dan aan kleinere ondernemingen standaard werkwijzen worden aangereikt, die geen of minder eigen onderzoek vereisen. (zie noot 26) Bij de evaluatie van de wet kan dan na enige jaren ervaring met de opzet nader worden bezien of de verplichting alsnog zonder te grote belasting kan worden uitgebreid naar alle werkgevers.

De Afdeling adviseert in de toelichting alsnog de proportionaliteit van het voorstel te beoordelen en in dat kader in elk geval werkgevers met minder dan 50 werknemers vooralsnog uit te zonderen van de werkingssfeer van het wetsvoorstel.

e. Positie zelfstandigen

Het voorstel bevat de mogelijkheid dat bij amvb wordt bepaald dat de voorschriften in het voorstel voor werkgevers en intermediairs ook van toepassing zijn op de opdrachtverlening aan en voor zelfstandigen. (zie noot 27) Uit de toelichting blijkt dat het kabinet deze mogelijkheid wil openhouden om te voorkomen dat werk wordt uitbesteed aan zelfstandigen

om de wet te ontwijken. (zie noot 28) Dit zou kunnen blijken uit signalen uit de praktijk of de wetsevaluatie. In dat geval wil het kabinet per amvb de opdrachtverlening aan en voor zelfstandigen ook onder het wetsvoorstel laten vallen.

De Afdeling begrijpt dat de positie van zelfstandigen ook relevant is in het kader van het tegengaan van arbeidsmarktdiscriminatie. De vraag is echter of alle opdrachten aan en voor zelfstandigen onder de werking van dit voorstel vallen. Dit lijkt vanuit het oogpunt van effectiviteit niet realistisch in het licht van de vele opdrachten van wisselende aard, duur en omvang die werkgevers en intermediairs met zelfstandigen aan kunnen gaan. De omvang van de opdracht en het type activiteit kunnen zeer variëren. Mogelijk zou ervoor gekozen kunnen worden om alleen langdurige opdrachten van een grotere omvang, die gelijkenis vertonen met arbeidsovereenkomsten, onder deze bepaling te laten vallen. Vooralsnog lijkt dit aspect echter moeilijk af te bakenen en te definiëren.

De toelichting maakt niet duidelijk waarom de positie van zelfstandigen reeds op dit moment in het voorstel wordt opgenomen, nu nog geen concretere uitwerking kan worden geboden. Tevens is niet duidelijk op basis van welke factoren besloten zou kunnen worden om dit inhoudelijk te regelen. Ten slotte geldt ook hier dat de hoofdlijnen van de regeling in de wet dienen te worden geformuleerd en alleen de uitwerking in een amvb. Indien de norm op dit moment nog onvoldoende is uitgekristalliseerd, dan zou de opnemning van dit aspect in de wet moeten worden uitgesteld totdat dit wel het geval is.

De Afdeling adviseert het voorstel aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast.

De vice-president van de Raad van State

Nader rapport (reactie op het advies) van 8 december 2020

3. Beoordeling van het voorstel

De regering begrijpt dat de gelijkebehandelingswetgeving wordt gezien als een logisch wettelijk kader voor de verplichting om over een werkwijze voor werving en selectie te beschikken en deze verplichting te handhaven, nu deze verplichting tot doel heeft om gelijke kansen te creëren en discriminatie te voorkomen. De regering ziet echter ook nadelen in verband met de effectiviteit en handhaving van een dergelijke verplichting als deze in de systematiek van de gelijkebehandelingswetgeving wordt opgenomen.

Het regeerakkoord voorziet in een aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie met een stevige handhavende rol voor de Inspectie SZW. Dit duidt op een systematiek waarbij de Inspectie SZW het initiatief kan nemen om tot handhaving over te gaan en daarbij zo nodig een sanctie oplegt. De gelijkebehandelingswetgeving kent een geheel andere systematiek waarbij het aan de benadeelde is om bij het College voor de Rechten van de Mens (CRM) een klacht in te dienen vanwege ervaren discriminatie. Het CRM geeft vervolgens een oordeel, dat gezaghebbend is, maar niet bindend. Met een dergelijke systematiek is de aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie afhankelijk van de vraag of een betrokkene zich benadeeld voelt en bereid en in staat is om de zaak aan het CRM voor te leggen, en daarna eventueel aan de

civiele rechter. Deze systematiek sluit onvoldoende aan bij de intentie van het regeerakkoord om te voorzien in een aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie en een systematiek met een stevige handhavende rol voor de Inspectie SZW wordt daarom nu gevolgd.

De mogelijkheid dat (vertegenwoordigers van) werkgevers gezamenlijk invulling geven aan de werkwijze en deze ter toetsing voorleggen aan het CRM, zoals ook andere partijen zoals ondernemingsraden het CRM om een oordeel kunnen vragen, ziet de regering als een weg die kan bijdragen aan het vergroten van draagvlak voor maatregelen om gelijke kansen bij werving en selectie te realiseren. De regering voorziet niet dat dat deze mogelijkheid breed benut gaat worden en de systematiek van de gelijkebehandelingswetgeving geeft niet, zoals hiervoor betoogd, de beoogde stevige aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie. Een andere overweging de verplichting niet op te nemen in de gelijkebehandelingswetgeving is dat de verplichting om over een werkwijze te beschikken in combinatie met de mogelijkheid dat de Inspectie SZW een sanctie oplegt indien deze ontbreekt of niet voldoet, een preventieve werking uitgaat. Deze preventieve werking is niet of in ieder geval veel minder sterk aanwezig bij inbedding in de gelijkebehandelingswetgeving. Zoals reeds vermeld zijn oordelen van het CRM gezaghebbend, maar niet bindend. Zij bevatten ook geen sanctie. De mogelijkheid van een sanctie bij het niet voldoen aan de wettelijke bepalingen zoals in het onderhavige wetsvoorstel geformuleerd is een stok achter de deur om (onwillige) werkgevers ertoe aan te zetten daadwerkelijk een adequate werkwijze op te stellen en toe te passen. Het voorstel geeft bovendien aan de Inspectie SZW een breed instrumentarium in handen: nadat is vastgesteld dat de wetgeving niet wordt nageleefd wordt de werkgever eerst aangespoord tot wetsconform gedrag, via de eis tot naleving, en wanneer vervolgens geen of onvoldoende gehoor wordt gegeven aan de eis tot naleving, volgt beboeting. Zo wordt naar de mening van de regering ook bereikt dat overheidsinterventie niet verder gaat dan noodzakelijk, wat het draagvlak voor de maatregel heeft bevorderd.

Zoals in het voorgaande uiteengezet is de regering van mening dat de gelijkebehandelingswetgeving onvoldoende mogelijkheden biedt voor een stevige aanpak van discriminatie bij werving en selectie, terwijl daarnaast de Inspectie SZW geen toezichthoudende bevoegdheden heeft in het kader van deze wetgeving. De regering erkent wel dat de rechtszekerheid ermee gediend is om in de wet op te nemen wat de verplichting om over een (schriftelijke) werkwijze te beschikken op hoofdlijnen inhoudt en bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (amvb) nader te bepalen waaruit deze verplichting bestaat. Het wetsvoorstel is in deze zin en met dit doel aangepast. De uitwerking op hoofdlijnen in het wetsvoorstel is ontleend aan de vaste lijn die het CRM in ter beoordeling aan hem voorgelegde zaken op het terrein van werving en selectie heeft ontwikkeld. In de memorie van toelichting wordt op de uitwerking en de betekenis van de basisinspectiemodule nader ingegaan.

Basisinspectiemodules, zogenoemde (intern werkende) beleidsregels, geven aan hoe inspecties plaatsvinden en hoe getoetst kan worden of aan de wettelijke verplichtingen wordt voldaan. De basisinspectiemodules bieden niet alleen een handvat aan de toezichthouders, maar informeren ook de werkgevers over wat zij tijdens het toezicht kunnen verwachten, welke aspecten aan bod komen en hoe de toezichthouder zijn informatie vergaart en zijn afwegingen maakt. Het bevordert de uniformiteit van het toezicht en draagt bij aan de transparantie ervan en draagt in die zin ook bij aan de rechtszekerheid voor de werkgever. Door de normering op wetsniveau, met nadere uitwerking in of krachtens een amvb, is niet aan de orde dat de toezichthouder bepaalt wat de eisen zijn waaraan de werkwijze moet voldoen. Een dergelijke situatie zou, zoals uit het advies van de Afdeling ook al naar voren komt, niet wenselijk zijn.

De Arbeidsomstandighedenwet wordt daarbij voor inbedding van de norm genomen. De regering acht dit een logische keuze. In de Arbeidsomstandighedenwet is immers al geregeld dat werkgevers een beleid moeten voeren dat gericht is op het voorkomen en wanneer dat niet mogelijk is beperken van psychosociale arbeidsbelasting. (zie noot 29) Werkgevers moeten de risico's op stress in kaart brengen en maatregelen nemen om dergelijke psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen. Deze structuur is ook voorzien voor het onderhavige wetsvoorstel. Waar de Afdeling opmerkt dat de Arbowet thans betrekking heeft op reeds gevestigde arbeidsrelaties, kan het volgende gezegd worden. Intern opengestelde vacatures vallen onder de reikwijdte van het voorstel en ook zittende werknemers, waarvoor de zorgplicht van de werkgever reeds geldt, kunnen zich aanbieden voor vacatures die direct extern opengesteld zijn. Het voorstel reikt echter verder dan dat en gaat over de werkwijze van de werkgever in de procedure van werving en selectie, inclusief stage, in den brede. De zorg voor een non-discriminatoire procedure van werving en selectie is voor de werkgever een beleidsmatige aangelegenheid, zoals ook de zorg voor een veilige werkomgeving voor hem een beleidsmatige aangelegenheid is. De werkwijze wordt door hem voorzien van passende maatregelen, die hij bespreekt met het personeel dat betrokken is bij werving en selectie, en welke werkwijze hij actueel houdt ten behoeve van het non-discriminatoire handelen bij werving en selectie. Daarmee betreft het voor de regering een binnen de Arbowetgeving goed passende maatregel, waarop de bestaande toezichthoudende bevoegdheden van de Inspectie SZW sluitend passen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling ten aanzien van het voorliggende voorstel het volgende op.

4. Andere aspecten van het voorliggende voorstel

a. *Verhouding tot gelijkebehandelingswetgeving*

De verplichting van een werkwijze is door de regering, om de hiervoor beschreven redenen, voorzien van een bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium. De naleving van de norm door de werkgever of intermediair wordt dus bestuursrechtelijk, via de weg van de Inspectie SZW, afgedwongen. Dat instrumentarium is gericht op het wetsconform handelen door middel van de eis tot naleving, en vervolgens op bestraffing door middel van boete, wanneer de werkgever of intermediair niet aan de eis tot naleving voldoet.

De gelijke behandelingswetgeving geeft daarentegen onverminderd een rechtsingang bij de civiele rechter, al dan niet na een oordeel bij het CRM. Deze weg kan worden bewandeld door bijvoorbeeld personen die in de procedure bij werving en selectie discriminatie hebben ervaren, maar ook door verenigingen en stichtingen die in overeenstemming met hun statuten het belang behartigen van diegenen. De memorie van toelichting is op dit punt aangevuld.

b. Rol van de Inspectie SZW in relatie tot de normstelling

De regering wijst op hetgeen hiervoor is gezegd over de rol van de Inspectie en de aanpassing van het voorstel en de memorie van toelichting naar aanleiding van het advies in verband met de nadere uitwerking van de norm.

c. *Wijze van handhaving*

De Afdeling advisering signaleert dat de memorie van toelichting niet duidelijk maakt op welke wijze de Inspectie SZW de norm zal handhaven. De Afdeling doelt daarmee op het al dan niet toepassen van de eis tot naleving. Pas als de werkgever een hem opgelegde eis tot naleving niet nakomt zou het opleggen van een sanctie aan de orde moeten komen, aldus de

Afdeling. De regering kan bevestigen dat het inderdaad zo is dat eerst een eis tot naleving zal worden opgelegd. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

d. *Positie kleine werkgevers*

De Afdeling advisering betreft de positie van kleine werkgevers nadrukkelijk in het advies met name met het oog op de administratieve lasten en de effectiviteit. In het ter advisering aangeboden wetsvoorstel was een vrijstellingsbepaling met betrekking tot het vereiste om de werkwijze op schrift te stellen opgenomen voor werkgevers met in de regel minder dan 10 werknemers in dienst. De desbetreffende werkgevers dienen over een werkwijze te beschikken, maar kunnen deze mondeling toelichten tijdens het toezicht door de Inspectie SZW. De Afdeling stelt de vraag of deze vrijstelling niet van te geringe betekenis is en adviseert in de toelichting alsnog de proportionaliteit van het voorstel te beoordelen en in dat kader in elk geval werkgevers met minder dan 50 werknemers vooralsnog uit te zonderen van de werkingssfeer van het wetsvoorstel.

Vooropgesteld zij dat het maken van ongerechtvaardigd onderscheid bij werving en selectie reeds geruime tijd bij wet verboden is. Toch hebben veel werkzoekenden de ervaring dat zij tijdens het wervings- en selectieproces om oneigenlijke redenen geen of minder kansen maken op een vrijgekomen arbeidsplaats. Dergelijke ervaringen komen bij zowel grotere als kleinere bedrijven voor. Daarom is het van belang dat elke werkgever over een werkwijze beschikt met als doel het realiseren van gelijke kansen bij werving en selectie. De wet en de amvb geven de werkgever vereisten (regels) voor de werkwijze. In het kader daarvan is verder relevant dat de werkgever kennis over en inzicht in de risico's op het (onbedoeld) maken van verboden onderscheid verwerft. Aan het doel van gelijke kansen wordt nu eenmaal het meest bijgedragen als deze werkwijze geënt is op algemeen beschikbare kennis en inzichten met betrekking tot deze thematiek en met gebruikmaking van werkzame mechanismen om verboden onderscheid te voorkomen en gelijke kansen te realiseren ('de stand van de wetenschap'). Hulpmiddelen om aan die kennis te komen worden in de memorie van toelichting weergegeven. De regering vindt de aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie en het realiseren van gelijke kansen voor iedereen die werk zoekt van dermate groot belang dat het niet aan de orde is om een omvangrijk deel van de werkgevers geheel buiten de werkingssfeer van de wet te laten.

De regering heeft mede naar aanleiding van de overwegingen van de Afdeling advisering over de positie van kleine bedrijven, die in zekere mate eerder ontvangen opvattingen van bijvoorbeeld (MKB-)werkgevers ondersteunen, wel de positie van kleine bedrijven heroverwogen tegen de achtergrond van de vraag in welke mate het van toegevoegde waarde is om de werkwijze op schrift te stellen. Daarbij is verondersteld dat in kleine bedrijven de werkgever veelal zelf toezicht houdt op het wervings- en selectieproces en daar vaak zelf aan deelneemt. In die situatie is het schriftelijkheidsvereiste van geringere betekenis als het gaat om het bevorderen van de kenbaarheid en toepassing van de werkwijze binnen het bedrijf. In grote bedrijven zal een grotere en wisselende groep medewerkers zich bezighouden met de werving en selectie en zal de werkgever op enige afstand staan van de praktische gang van zaken. In een dergelijke situatie is het schriftelijkheidsvereiste zeer zeker van toegevoegde waarde. Ingezien is dat de grens van minder dan 10 werknemers laag is en dat het reëler is om deze grens te leggen bij werkgevers met ten hoogste 25 werknemers. Zou de grens op 50 werknemers worden gelegd, dan zou nog slechts circa 5% van de werkgevers onder het schriftelijkheidsvereiste vallen en dat aandeel is te zeer beperkt. Met een grens van ten hoogste 25 werknemers wordt tevens aangesloten bij een reeds in de Arbeidsomstandighedenwet bestaande bepaling over de zogenoemde preventiemedewerkers (artikel 13, tiende lid). Op grond van

die bepaling dient de werkgever zich te laten bijstaan door deskundige werknemers op het gebied van preventie en bescherming, tenzij hij over ten hoogste 25 werknemers beschikt. Indien het aantal werknemers onder die grens zit kunnen bepaalde taken, zoals het opstellen van een risico-inventarisatie en -evaluatie, ook door de werkgever zelf worden vervuld. De keuze voor dezelfde grens als het gaat om het vereiste om de werkwijze voor werving en selectie op schrift te stellen draagt bij aan de eenduidigheid en transparantie van de wetgeving. Overigens heeft de vrijstelling voor werkgevers met in de regel ten hoogste 25 werknemers alleen betrekking op het schriftelijkheidsvereiste. Hun handelen moet nog steeds op gelijke kansen gericht zijn.

e. Positie zelfstandigen

De Afdeling ziet in dat het relevant kan zijn om de positie van zelfstandigen te betrekken bij het tegengaan van arbeidsmarktdiscriminatie, maar vindt onvoldoende uitgewerkt in welke situatie de mogelijkheid van een amvb benut zal worden. De regering zal, nu deze punten nog onvoldoende uitgekristalliseerd zijn mede vanwege de complexiteit en variëteit van de opdrachten binnen het zzp-domein, in lijn met het advies de delegatiegrondslag nog niet in het voorstel opnemen. De positie van zelfstandigen en de wenselijkheid van toepassing van de wet op de opdrachtverlening aan zelfstandigen zal meegenomen worden in de evaluatie van de wet.

Ik verzoek U het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Voetnoten

- (1) Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, Algemene wet gelijke behandeling, Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.
- (2) Artikel 10, tweede lid, artikel 13 van de Wet College voor de rechten van de mens.
- (3) Artikel 10, eerste lid, van de Wet College voor de rechten van de mens,
- (4) Zie ook aanwijzing 2.5 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- (5) Artikel 1, derde lid, onder e, artikel 5 van de Arbowet en artikel 2.15 van het Arbeidsomstandighedenbesluit juncto artikel 33, eerste lid, artikel 34 van de Arbowet, artikel 9.9b, eerste lid, onder b, van het Arbeidsomstandighedenbesluit.
- (6) Artikel 21 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.
- (7) Voorgesteld artikel 2a van de Arbowet; voorgesteld artikel 4a, 12b van de Waadi.
- (8) Memorie van toelichting, paragraaf I.a. 'Inleiding'.
- (9) Memorie van toelichting, paragraaf II.c. 'De werkwijze nader beschouwd'.
- (10) Memorie van toelichting, paragraaf II.c. 'De werkwijze nader beschouwd'.
- (11) Memorie van toelichting, paragraaf I.b. 'Beleidscontext'.
- (12) Memorie van toelichting, paragraaf IV.f. 'Internetconsultatie'.
- (13) Memorie van toelichting, paragraaf IV.f. 'Internetconsultatie'.
- (14) Zie bijvoorbeeld CRM 28 november 2019, oordeel 2019-124 ; CRM 25 januari 2019, oordeel 2019-4; CRM 6 december 2018, oordeel 2018-129
- (15) Deze norm luidt: '1.De werkgever beschikt bij de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking over een werkwijze die gericht

is op voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie.'

(16) Artikel 1, derde lid, onder e van de Arbowet verstaat onder psychosociale arbeidsbelasting: de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen.

(17) Memorie van toelichting, paragraaf I.b. 'Beleidscontext'.

(18) Zie ook Aanwijzing 2.19.

(19) Memorie van toelichting, paragraaf III, 'Handhaving en sancties'.

(20) Artikel 27 van de Arbowet.

(21) Memorie van toelichting, paragraaf IV.a. 'Sociale partners' en paragraaf IV.c. 'Adviescollege toetsing regeldruk'.

(22) Memorie van toelichting, paragraaf IV.a. 'Sociale partners' en paragraaf IV.c. 'Adviescollege toetsing regeldruk'.

(23) Memorie van toelichting, paragraaf V. 'Budgettaire gevolgen en regeldruk'.

(24) ATR, 'Aanvullende zienswijze Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie', 12 juni 2020.

(25) Artikel 2 van de Wet op de ondernemingsraden.

(26) Memorie van toelichting, paragraaf II.c. 'De werkwijze nader beschouwd'.

(27) Voorgesteld artikel 2c van de Arbowet; voorgesteld artikel 7 van de Waadi.

(28) Memorie van toelichting, paragraaf II.f. 'Opdrachtverstrekking aan zelfstandigen'.

(29) Psychosociale arbeidsbelasting: de factoren direct en indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen.

Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting