

Vergaderjaar 2020–2021

35 673

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)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

Algemeen deel

«Arbeidsmarktdiscriminatie is ontoelaatbaar en vereist een stevige aanpak. Het Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie krijgt daarom een vervolg, waarbij onder andere aandacht wordt gegeven aan het bestrijden van discriminatie in sollicitatieprocedures, bij zwangerschap en een stevige handhavende rol voor de inspectie SZW», aldus het regeerakkoord Vertrouwen in de toekomst.¹

Het voorliggende wetsvoorstel geeft hieraan invulling. Het wetsvoorstel staat niet op zichzelf, maar is een onderdeel van het brede pakket aan maatregelen en activiteiten van de regering om te bevorderen dat ieder die tot de arbeidsmarkt wil toetreden of reeds op de arbeidsmarkt actief is gelijke kansen krijgt om zijn loopbaan op te bouwen en eerlijk wordt beoordeeld op basis van zijn kennis en vaardigheden.

Het voorliggende wetsvoorstel, dat voorziet in een wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) en van de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi) geeft de Inspectie SZW toezichthoudende bevoegdheden op de aanwezigheid en toepassing van een werkwijze voor werving selectie van werkgevers en intermediairs waarmee gelijke kansen op werk worden gecreëerd. De regering onderschrijft hiermee de norm dat bij werving en selectie geen discriminatie mag plaatsvinden en geeft de Inspectie SZW de bevoegdheid om toe te zien op de naleving van deze norm en om bij niet-naleving een sanctie op te leggen.

Het algemene deel van deze memorie van toelichting is als volgt opgebouwd:

- I Arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie
 - I.a. Inleiding
 - I.b. Beleidscontext
 - I.c. Doelstelling, doeltreffendheid en doelmatigheid
- II Inhoud van het wetsvoorstel

¹ Kamerstukken II, 2017/18, 34 700, nr. 34, bijlage.

- II.a. Normstelling
- II.b. Normadressaat
- II.c. De werkwijze nader beschouwd
- II.d. Vergewisplicht bij dienstverlening door intermediairs
- II.e. Ondernemingsraad
- II.f. Sollicitant
- II.g. Verhouding tot het recht van de Europese Unie
- III Handhaving en sancties
- IV Reacties derden
- IV.a. Sociale partners
- IV.b. Handhavingstoets Inspectie SZW
- IV.c. Adviescollege toetsing regeldruk
- IV.d. Autoriteit Persoonsgegevens
- IV.e. MKB-toets
- IV.f. Internetconsultatie
- V Budgettaire gevolgen en regeldruk
- VI Evaluatie
- VII Inwerkingtreding

I Gelijke kansen bij werving en selectie

I.a. Inleiding

Wij vragen als samenleving van iedereen in Nederland om zoveel mogelijk duurzaam te participeren op de arbeidsmarkt. Dat geldt voor iedereen, ongeacht leeftijd, migratieachtergrond, geslacht, seksuele gerichtheid of handicap. Daar moeten gelijke kansen op een eerlijke arbeidsmarkt tegenover staan. De realiteit is echter, dat gelijke kansen op de arbeidsmarkt nog lang niet voor iedereen in Nederland vanzelfsprekend zijn; een arbeidsmarkt zonder discriminatie bij werving en selectie is nog geen gemeengoed. Met name voor Nederlanders met een migratieachtergrond en ouderen geldt dat zij discriminatie op de arbeidsmarkt ervaren, ook bij de werving en selectie ten behoeve van vacaturevervulling.² Mensen worden uitgesloten van de arbeidsmarkt en kansen worden hen onthouden; het belemmert hun ontwikkeling en zij kunnen hun talenten onvoldoende benutten. Dit is niet alleen onacceptabel in individueel opzicht, maar (arbeidsmarkt)discriminatie zet ook de sociale cohesie in de samenleving onder druk, omdat het structurele ongelijkheden tussen groepen mensen in de hand werkt. Het is een fundamenteel uitgangspunt van de Nederlandse rechtsstaat en een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de samenleving om individuen gelijke kansen te geven en te beoordelen op grond van eigen keuzen, talenten en verantwoordelijkheden. Het is onrechtvaardig en verboden om mensen te beoordelen op grond van bijvoorbeeld migratieachtergrond, leeftijd of geslacht.

De regering is er alles aan gelegen om verboden onderscheid te voorkomen. Uitsluiting van mensen op de arbeidsmarkt gebeurt soms moedwillig. Vaker geldt echter dat sprake is van onbewuste vooroordelen bij bedrijven en organisaties. Zij zijn op zoek naar de in hun ogen beste kandidaten voor de aangeboden functies zonder kandidaten uit te willen sluiten. Uit diverse onderzoeken blijkt evenwel toch dat onbewuste vooroordelen tegenover groepen in de samenleving waartoe een sollicitant behoort een rol spelen³. Het huidige en voorgaande kabinetten hebben in dit kader een breed palet aan maatregelen ingezet om gelijke en eerlijke kansen op de arbeidsmarkt voor iedereen te bevorderen en discriminatie, bewust of onbewust, tegen te gaan. Het beginsel van gelijke

² SCP (2020); Ervaren discriminatie in Nederland II.

³ Kamerstukken II, 2017/18, 29 544, nr. 849.

behandeling is op meer plekken in de Nederlandse wetgeving verankerd, onder meer in artikel 1 van de Grondwet en in de gelijke behandelingswetten. Burgers die discriminatie ervaren kunnen op basis daarvan terecht bij het College voor de Rechten van de Mens, de Nationale ombudsman, en uiteindelijk de civiele rechter om daarover een oordeel te krijgen. Het huidige voorstel wil in aanvulling daarop gelijke kansen voor iedereen bij werving en selectie in de arbeidssituatie bevorderen en vraagt van werkgevers en intermediairs voor die situatie een werkwijze zonder ongerechtvaardigd onderscheid in de zin van de eerdergenoemde wetten te hanteren.

1.b. Beleidscontext

Op 16 mei 2014 heeft het toenmalige kabinet het Actieplan arbeidsmarkt-discriminatie aangeboden aan de Tweede Kamer.⁴ In dit Actieplan werd geconstateerd dat discriminatie op de arbeidsmarkt veel te vaak werd ervaren en voorkwam. Het kabinet vond dit onaanvaardbaar en onacceptabel. Het Actieplan vormde een basis om dit probleem het hoofd te bieden. Ook het huidige kabinet huldigt deze opvattingen en is van mening dat het proces van werving en selectie zonder discriminatie en met gelijke kansen voor iedereen moet plaatsvinden.

Op 19 juni 2018 heeft de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid mede namens de Ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Onderwijs, Cultuur en Wetenschap de Tweede Kamer de Hoofdlijnenbrief Actieplan Arbeidsmarkt-discriminatie 2018–2021 doen toekomen.⁵ Dit in het regeerakkoord aangekondigde Actieplan is verder geconcretiseerd in het Implementatieplan van 22 november 2018 en de Voortgangsrapportages van 19 juli 2019 en 6 juli 2020.⁶ Het is opgebouwd langs drie pijlers, te weten:

1. Toezicht en handhaving;
2. Onderzoek en instrumenten;
3. Kennis en bewustwording.

In het wetsvoorstel komen deze drie pijlers, ter ondersteuning van de norm dat arbeidsmarktdiscriminatie verboden is en aangepakt moet worden, als volgt tot uitdrukking.

Als concretisering van pijler 1 is aangekondigd dat door middel van een wijziging van de Arbowet de Inspectie SZW de bevoegdheid zal krijgen om toe te zien op de aanwezigheid en toepassing van een wervings- en selectiebeleid van werkgevers met doeltreffende maatregelen om discriminatie te voorkomen en gelijke kansen te creëren. Het kabinet vindt het wettelijk regelen van deze toezichthoudende bevoegdheid van groot belang. Immers, een wervings- en selectieprocedure vormt voor velen de toegangspoort tot de arbeidsmarkt en een mogelijkheid om de positie op de arbeidsmarkt te verbeteren. Dit onderstreept het belang van eerlijke kansen in sollicitatieprocedures en een zoveel mogelijk objectieve beoordeling op basis van factoren die voor de aangeboden functie relevant zijn.

In de Arbowet is al geregeld dat werkgevers een beleid moeten voeren dat is gericht op het voorkomen en wanneer dat niet mogelijk is op het beperken van psychosociale arbeidsbelasting.⁷ Deze structuur wordt al toegepast; als een werkgever in gebreke blijft wordt een eis tot naleving

⁴ Kamerstukken II, 2013/14, 29544, 25 883, nr. 523.

⁵ Kamerstukken II, 2017/18, 29 544, nr. 834.

⁶ Kamerstukken II, 2018/19, 29 544, nr. 849 en 923 en 2019/20, 9544, nr. 1018.

⁷ 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 (artikel 1, derde lid, onderdeel e, van de Arbowet).

opgelegd. De werkgever krijgt dan een periode om het beleid op orde te brengen. Doorgaans doen werkgevers dit ook. Blijven zij echter wederom in gebreke, dan krijgen zij een bestuurlijke boete.

Discriminatie in de werksituatie kan stress teweegbrengen. Daarom moeten werkgevers de risico's hierop in kaart brengen en maatregelen nemen om dergelijke psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen (artikel 1, derde lid, onderdeel e, van de Arbowet). Daar komt bij dat ook intern opengestelde vacatures onder de reikwijdte van de wet komen te vallen en dat ook zittende werknemers, waarvoor de zorgplicht van de werkgever reeds geldt, zich kunnen aanbieden voor vacatures die direct extern opengesteld zijn. Aangezien werving veelal vooraf gaat aan het ontstaan van een werkgever-werknemer relatie is ervoor gekozen om voor arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie een apart hoofdstuk op te nemen in de Arbowet om de verantwoordelijkheid van de werkgever in dit specifieke geval te regelen.

Gezien de substantiële rol bij werving en selectie van derden die arbeidsbemiddeling verrichten of arbeidskrachten ter beschikking stellen, hierna aangeduid als intermediairs, zal ook de Waadi gewijzigd worden. Daarbij wordt op grond van het wetsvoorstel onder arbeidsbemiddeling en terbeschikkingstelling mede begrepen: het in verband daarmee vaststellen van de geschiktheid van een werkzoekende door beoordeling van zijn kennis, inzicht en vaardigheden, bijvoorbeeld via assessments of andere tools. De Inspectie SZW zal door deze wijziging toezichhoudende bevoegdheden krijgen op het wervings- en selectiebeleid van intermediairs in hun rol van dienstverlener aan werkgevers. De regering sluit hiermee aan op recente ontwikkelingen op de arbeidsmarkt waarbij meer en intensiever gebruik wordt gemaakt van dergelijke vormen van dienstverlening. De Inspectie SZW zal sancties kunnen opleggen indien de werkgever in gebreke blijft.

Overwogen is om de vereisten aan de wervings- en selectieprocedure in te passen in de gelijkebehandelingswetgeving, waarbij het College voor de Rechten van de Mens (hierna: het College) een toetsende rol zou hebben. In haar advies vraagt de Afdeling advisering van de Raad van State aandacht voor deze optie. De regering onderkent het grote belang van het College en de mogelijkheid dat burgers zich daartoe kunnen wenden. De regering ziet echter nadelen in verband met de effectiviteit en handhaving indien een dergelijke verplichting 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 waarbinnen 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 een klacht in te dienen wegens ervaren discriminatie. Het College geeft vervolgens een oordeel dat gezaghebbend is, maar niet bindend. Met een dergelijke systematiek is de aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie (blijvend) afhankelijk van de vraag of een betrokkene zich benadeeld voelt en bereid en in staat is om de zaak aan het College voor te leggen en daarna eventueel aan de civiele rechter. Een andere overweging is dat van de verplichting om over een (schriftelijke) 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 College 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 bevordert.

De werkgevers dienen een werkwijze te hanteren waardoor bij de werving en selectie discriminatie kan worden voorkomen. Zij kunnen die procedure inrichten op basis van nu reeds bekende interventies om arbeidsmarktdiscriminatie te voorkomen en gelijke kansen te creëren, zoals het objectiveren van de selectieprocedure en criteria.⁸ Ook de wervingsprocedure kan veel bijdragen aan het voorkomen van discriminatie en het bevorderen van gelijke kansen, alsmede het vermijden van (onbewuste) oordelen en stereotypering.⁹ Een praktisch hulpmiddel daarbij is de door TNO op basis van de stand van de praktijk ontwikkelde checklist arbeidsmarktdiscriminatie.¹⁰ Ook kunnen zij zich aansluiten bij het Charter Diversiteit van Diversiteit in Bedrijf waar veel praktische kennis beschikbaar is over onder andere divers werven en selecteren. De kennis over werkzame interventies blijft zich ontwikkelen, alleen al omdat online werven en de toepassing van algoritmen zich snel ontwikkelen. In de afgelopen periode is al veel onderzoek gedaan naar de feitelijke en ervaren discriminatie op grond van uiteenlopende discriminatiegronden (pijler 2).¹¹ In paragraaf II.c wordt hierop nader ingegaan.

MKB-bedrijven niet zijnde intermediairs waar in de regel ten hoogste 25 werknemers arbeid verrichten worden vrijgesteld van het vereiste om de werkwijze en bijbehorende maatregelen op schrift te stellen. De reden hiervan is het feit dat de administratieve lasten van het op schrift stellen van een werkwijze en bijbehorende maatregelen zich slecht verhouden tot de geringe personeelsomvang en het veel minder frequent voorkomen van vacatures. Daarnaast is aannemelijk dat in deze bedrijven de werkgever zelf bij de werving en selectie is betrokken, waardoor er minder noodzaak is om via een op schrift gestelde werkwijze te opereren. Ook voor deze bedrijven blijft echter gelden dat hun werkwijze gericht dient te zijn op het creëren van gelijke kansen en het tegengaan van verboden onderscheid. Alleen is er geen vereiste om deze werkwijze ook op schrift te stellen. Voor intermediairs geldt deze vrijstelling niet; voor hen is werving en selectie en bemiddeling immers de kerntaak van de onderneming. Daarnaast zou de vergewisplicht van de inlener indien hij gebruikt maakt van de dienstverlening van een intermediair niet goed gerealiseerd kunnen worden als de werkwijze van de intermediair niet op schrift zou zijn gesteld.

Om werkgevers in staat te stellen een (schriftelijke) werkwijze op te stellen en deze indien nodig voor instemming voor te leggen aan de ondernemingsraad geldt een implementatietermijn, waarbij wordt uitgegaan van een periode van minimaal negen maanden na publicatie van de wet. In die periode worden kennis en bewustwordingscampagnes voortgezet en worden bouwstenen voor werkwijzen voor bedrijven verspreid (pijler 3). Met het oog op de constatering dat arbeidsmarktdiscriminatie vaak onbewust plaatsvindt, zijn in de afgelopen jaren reeds verschillende

⁸ TNO (2020); Delphi-studie stand der wetenschap en arbeidsmarktdiscriminatie.

⁹ CPB en SCP (2020); Kansrijk integratiebeleid op de arbeidsmarkt.

¹⁰ www.inspectieszw.nl/onderwerpen/arbeidsdiscriminatie/documenten/publicaties/2019/09/30/checklist-arbeidsdiscriminatie.

¹¹ Zie ook Kamerstukken II, 2017/18, 29 544, nr. 834, blz. 5.

kennis- en bewustwordingscampagnes gestart. De inzet op bewustwording wordt gecontinueerd en versterkt met gerichte communicatie over onderliggend wetsvoorstel. Zo wordt in samenwerking met sociale partners een digitale handreiking voor met name kleine bedrijven ontwikkeld die hen helpt bij het voeren van een niet discriminerend beleid bij werving en selectie. Het gaat hier om vragen als het herkennen en erkennen van de risico's op arbeidsmarktdiscriminatie (bewustwording) en de verschillende methoden die bedrijven kunnen benutten om discriminatie tijdens de werving en selectieprocedure te voorkomen. Ook wordt beoogd werkgevers en HR-professionals en ondernemingsraden te stimuleren om de best beschikbare (wetenschappelijke) kennis en praktijkervaring effectief toe te passen.

Het bovenstaande maakt duidelijk dat van overheidswege op veel fronten activiteiten worden ontplooid en ondersteund om arbeidsmarktdiscriminatie tegen te gaan. Maar de overheid staat hierin niet alleen. Ook organisaties van werkgevers en werknemers en individuele bedrijven en instellingen zijn actief in het voorkomen van arbeidsmarktdiscriminatie en het bevorderen van diversiteit. De Stichting van de Arbeid heeft het Charter Diversiteit opgezet, een netwerk van inmiddels meer dan 230 bedrijven en (branche-)organisaties die diversiteit als kracht zien. Doeltreffende maatregelen en praktijkvoorbeelden uit dit netwerk worden door Diversiteit in Bedrijf breed verspreid en stimuleren andere werkgevers om met diversiteit aan de slag te gaan. Ook zijn er praktisch toepasbare kennisdocumenten beschikbaar, waaronder een document over divers werven en selecteren. De werkgeversorganisaties in de uitzendbranche zijn ook actief in het tegengaan van arbeidsmarktdiscriminatie.¹²

I.c. Doelstelling, doeltreffendheid en doelmatigheid

Het uitoefenen van toezicht op het wervings- en selectiebeleid heeft als doel werkgevers aan te sporen om daadwerkelijk over beleid te beschikken dat is gericht op werving en selectie van personeel waarbij ieder gelijke kansen krijgt en discriminatie wordt voorkomen en dit beleid ook uit te voeren. Daarmee wordt de maatschappelijke norm dat werving en selectieprocedures eerlijk en zonder discriminatie verlopen, op doelmatige en doeltreffende wijze ondersteund en versterkt. Het gebruik van de op schrift gestelde werkwijze bij werving en selectie stimuleert meer transparantie en bewust gedrag en weloverwogen keuzes in plaats van automatisch, onbewust gedrag waarbij vooroordelen een rol kunnen spelen.¹³ De regering baseert zich hierbij ook op de literatuurstudie van Movisie naar discriminatie bij werving en selectie. Het blijkt dat vooral de sociale norm een belangrijke rol speelt: werkgevers laten goed gedrag zien als zij denken dat andere werkgevers dit ook doen. Wetgeving speelt daarbij een belangrijke ondersteunende rol voor het bevorderen van een goed proces.¹⁴ Voorts laten diverse CV-studies zien dat de mate van discriminatie situationeel afhankelijk is en kan variëren afhankelijk van het soort bedrijf en de krapte op de arbeidsmarkt, maar ook beïnvloed kan worden door de vormgeving van het wervings- en selectieproces.¹⁵ Gezien het feit dat het maken van verboden onderscheid vaak onbewust of onbedoeld plaatsvindt, is het van toegevoegde waarde dat werkgevers

¹² www.diversiteitinbedrijf.nl

¹³ TNO (2020); Delphi-studie stand der wetenschap en arbeidsmarktdiscriminatie.

¹⁴ Movisie (2018); Discriminatie in werving en selectie aanpakken: wat werkt?

¹⁵ Zschirnt, E., & Ruedin, D. (2016); Ethnic discrimination in hiring decisions: a meta-analysis of correspondence tests 1990–2015. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Kaas, L., & Manger, C. (2012); Ethnic discrimination in Germany's labour market: a field experiment. *German economic review*, 13(1), 1–20, Duflo en Bertrand (2016): field experiments on discrimination, Neumark, D. (2016) Working paper: Experimental Research on Labor Market Discrimination.

ertoe aangezet worden actief beleid te formuleren op dit thema en dit te concretiseren. Daarmee wordt het bewustzijn over de risico's van (on)bewust onderscheid vergroot en wordt men ertoe aangezet om toepasselijke mogelijkheden om hierop te anticiperen in kaart te brengen, al dan niet als onderdeel van het algemene personeelsbeleid van de onderneming of instelling. In principe gaat het om een eenmalige investering die de basis legt voor een wervings- en selectiebeleid waarbij sprake is van gelijke kansen en discriminatie niet zal plaatsvinden, maar die wel moet worden onderhouden indien de praktijk of nieuwe inzichten daartoe aanleiding geven.

II Hoofdpunten van het wetsvoorstel

II.a. Normstelling

De werkgever dient te beschikken over een werkwijze voor aanbidding en vervulling van openstaande betrekkingen waarbij gelijke kansen worden geboden en die gericht is op voorkoming van verboden onderscheid bij werving en selectie en dient deze toe te passen. Om te zorgen dat de werkwijze ook slaagt in zijn praktijk treft hij passende maatregelen. De wetgever verplicht de werkgever in elk geval tot een specifieke maatregel: de werkgever informeert de werknemers die vanwege hun functie betrokken zijn bij werving en selectie over voorkoming van arbeidsmarkt-discriminatie en informeert hen daarnaast over de eigen maatregelen bij werving en selectie. Hij dient de werkwijze schriftelijk vast te leggen. Deze werkwijze is in feite een weergave van de manier waarop de onderneming of organisatie te werk gaat bij vacaturevervulling en bevat activiteiten («interventies») om discriminatie bij werving en selectie te voorkomen. Daarbij stelt de wet een aantal voorwaarden aan de werkwijze: uit de werkwijze blijkt dat de procedure is gebaseerd op voor de functie relevante functie-eisen, inzichtelijk en controleerbaar is en systematisch is ingericht. Deze voorwaarden zijn ontleend aan de vaste lijn die het College in ter beoordeling aan hem voorgelegde zaken op het terrein van werving en selectie heeft ontwikkeld.¹⁶ Overeenkomstig het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt door opname van deze voorwaarden in de wettekst scherper gemaakt waaraan de werkwijze dient te voldoen. Met inachtneming van deze voorwaarden bij de algemene verplichting dat de werkwijze gericht is op voorkoming van verboden onderscheid, wordt bijgedragen aan een transparant proces dat in de kern draait om de functie-eisen van de openstaande betrekking. Deze functie-eisen moeten relevant zijn in de zin dat zij in algemene zin nodig zijn voor de functies en niet leiden tot onderscheid dat op grond van de gelijkebehandelingswetgeving verboden is en waarvoor dus ook geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.

Over de werkwijze zullen binnen dit kader bij of krachtens amvb nadere regels gesteld worden. Daarbij moet gedacht worden aan elementen waaraan in de werkwijze aandacht besteed dient te worden. Allereerst gaat het erom dat functie-eisen voorafgaand aan de procedure vastgesteld dienen te worden. Een tweede element betreft de vraag hoe men vaststelt of de kandidaat geschikt is voor de aangeboden functie. Daarbij is van belang dat de gevraagde informatie vooral is gericht op het verkrijgen van een beeld of de kandidaat voldoet aan de functie-eisen. Ten derde is van belang dat men vooraf vaststelt hoe de beoordeling plaatsvindt op basis van de functie-eisen. Daarbij zijn vooraf gestelde criteria relevant. Een ander element kan de werving betreffen: hoe wordt erop gelet dat de vacaturetekst geen discriminerende eisen bevat en dat de te toetsen functie-eisen worden benoemd.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld CRM 25 januari 2019, oordeel 2019-4; CRM 6 december 2018, oordeel 2018-129.

Kern is dat de voorgeschreven elementen terug te vinden zijn in de werkwijze, en de werkgever zelf daaraan invulling geeft. De werkwijze is immers het meest effectief als deze zich richt op de specifieke situatie van de betrokken onderneming of organisatie en goed toepasbaar is in de praktijk. In het verlengde hiervan en mede met het oog op de voortdurende ontwikkeling van inzichten over het voorkomen van discriminatie en van de professionele dienstverlening, is de opzet van de op schrift gestelde werkwijze vormvrij. De regering acht het immers van belang dat de werkgever voldoende ruimte wordt geboden om een voor hem optimaal en concreet toepasbaar beleid te ontwikkelen, te realiseren en als daar aanleiding voor is te actualiseren. De werkgever kan daarbij gebruik maken van een brede basis aan relevante inzichten voor het verminderen van de invloed van vooroordelen bij werving en selectie door middel van werkzame mechanismen («de stand van de wetenschap»). Een voorbeeld daarvan is het objectiveren en structureren van het wervings- en selectieproces en daarmee het doorbreken van zogenoemd wij-zij denken. Een ander inzicht is dat het uitsluitend dient te gaan om de beoordeling van de individuele capaciteiten van kandidaten («individualiseren») en dat associaties worden vermeden: gewaakt moet worden tegen oordeelsvorming op basis van bijvoorbeeld eerdere ervaringen of publiciteit.

Het toezicht door de Inspectie SZW strekt zich uit tot naleving van deze norm, in casu het aanwezig zijn en toepassen van een werkwijze om verboden onderscheid bij werving en selectie tegen te gaan. De werkwijze dient aantoonbaar te voldoen aan de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 2a en 2b van de Arbowet (artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel) en de artikelen 4a, 5, 12b en 12c van de Waadi (artikel II, onderdelen C en E, van het wetsvoorstel, waarbij het gaat om de intermediairs die door werkgevers worden ingeschakeld of die zich met arbeidsbemiddeling bezighouden). Het kader voor toezicht dat wordt opgesteld door de Inspectie SZW wordt onder III (Handhaving en sancties) beschreven. Werkgevers kunnen daaraan houvast ontleen. Zoals aangegeven in paragraaf I.b geldt het schriftelijkheidsvereiste niet voor werkgevers van MKB-bedrijven met ten hoogste 25 werknemers voor zover zij op grond van dit wetsvoorstel onder de werkingssfeer van de Arbowet vallen.

De regering merkt hierbij op dat het niet alleen gaat om extern opgestelde vacatures, maar ook om vacatures die – in eerste instantie – alleen intern zijn opengesteld. Dit zal in de werkwijze tot uitdrukking moeten komen. Ten slotte vallen ook stageplaatsen onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel teneinde verboden onderscheid bij de werving en selectie van stagiairs te voorkomen. Dit is geregeld in artikel 2a, vijfde lid, van de Arbowet (artikel I, onderdeel B, van het wetsvoorstel).

II.b. Normadressaat

Met het onderhavige wetsvoorstel worden de verplichtingen van de werkgever en de intermediair inzake het bieden van gelijke kansen en het voorkomen van ongelijke behandeling bij werving en selectie opgenomen in respectievelijk de Arbowet en de Waadi. Beide wetten kennen reeds de mogelijkheid om verplichtingen op te leggen aan werkgevers dan wel aan intermediairs. Beide wetten bieden tevens al de mogelijkheid van bestuursrechtelijke sanctionering van overtredingen op grond van die wetten.

De werkgever is normadressaat ten aanzien van de bepalingen in de Arbowet. Het begrip werkgever is reeds in artikel 1, eerste lid onder a, van de Arbowet gedefinieerd als degene jegens wie een ander (werknemer) krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid. Van dit werkgeversbegrip is

uitgezonderd de formele werkgever die een werknemer aan een derde ter beschikking stelt voor het verrichten van arbeid welke die derde gewoonlijk doet verrichten (bv. uitzendbureaus).

De regering ziet in deze uitzondering een risico als het gaat om uitbesteding van de werving en selectie van personeel of om inlening. Het mag niet zo zijn dat de intermediair die personeel voor een ander werft en selecteert of personeel aan een ander ter beschikking stelt voor deze dienstverlening, die voor hem in feite een kernactiviteit is, buiten de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel valt. Dit geldt eens te meer nu deze intermediairs, zeker ook in het online domein, een steeds belangrijker rol krijgen. Dan kan het gaan om het selectief plaatsen van vacatures tot de (pre)selectie van geschikte kandidaten (al dan niet werkzoekend) op basis van online beschikbare profielen. Om dit mogelijke risico het hoofd te bieden wordt in de Waadi bepaald dat intermediairs de wettelijke norm zoals geformuleerd in artikel 2a van het onderhavige wetsvoorstel dienen na te leven en in overtreding zijn indien zij in gebreke blijven. Intermediairs zijn hierdoor dus normadressaat op grond van de Waadi. Wellicht ten overvloede dient hierbij te worden opgemerkt dat de intermediair ten aanzien van de werving en selectie van zijn eigen personeel werkgever in de zin van de Arbwet is en ook langs die weg onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel valt.

II.c. De werkwijze nader beschouwd

De werkwijze dient ervan te getuigen dat de werkgever of intermediair zich bewust is van het risico van het direct of indirect maken van verboden onderscheid en van de hoedanigheid van deze risico's: waar zit dit risico in, hoe ontstaat het en hoe kan het voorkomen worden. Concreet kunnen werkgevers gebruik maken van 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 met meerdere mensen en/of gebruiken maken van een onafhankelijke derde. De meerwaarde van een gestructureerd interview komt in meerdere onderzoeken naar voren. Deze onderzoeken laten zien dat bij ongestructureerde interviews sollicitanten met een migratieachtergrond stelselmatig een minder goede beoordeling krijgen dan autochtone kandidaten. Dit verschil is minder groot of afwezig als een meer gestructureerd sollicitatiegesprek plaatsvindt.¹⁷ Uit ander onderzoek blijkt de waarde van objectieve briefselectie door bijvoorbeeld vormen en gradaties van anoniem solliciteren.¹⁸

Voorts dient hij werknemers die bij de aanbieding en vervulling van openstaande betrekkingen betrokken zijn te informeren over de risico's op discriminatie en over de maatregelen die er op zijn gericht die discriminatie te voorkomen of te beperken en gelijke kansen te creëren. Daarbij valt te denken aan medewerkers van de HR- of personeelsafdeling. Aldus wordt voorkomen dat de werkwijze een eenmalige administratieve activiteit blijft en worden binnen de onderneming of organisatie de kennis over en bewustwording van het vereiste van voorkoming van discriminatie bij werving en selectie bevorderd.

¹⁷ Levashina (2014); The structured Employment interview, narrative and quantitative review of the research literature, Huffcutt, A. I., & Roth, P. L. (1998); Racial group differences in employment interview evaluations. *Journal of Applied Psychology*, 83(2), 179–189.

¹⁸ Krause (2012): Anonymous Job Applications in Europe.

Indien de werkgever de werving en selectie geheel of gedeeltelijk uitbesteedt aan intermediairs of personeel inleent, zal hij zich ervan moeten vergewissen dat de intermediair beschikt over een werkwijze die het maken van verboden onderscheid voorkomt. Deze vergewisplicht wordt neergelegd in artikel 2b van de Arbowet (artikel I, onderdeel B, van dit wetsvoorstel). De werkgever dient in zijn werkwijze aan te geven hoe hij deze vergewisplicht zal effectueren.

Voor het geval de intermediair zelf weer gebruik maakt van een andere intermediair is ook in de Waadi een vergewisplicht opgenomen. Aldus is de gehele keten van actoren bij werving- en selectie onder toezicht van de inspectie SZW gesteld. Zie ook paragraaf II.d.

De werkgever die gebruik maakt van een geautomatiseerd systeem dient zich ervan te vergewissen dat dit systeem geen arbeidsmarktdiscriminatie met zich meebrengt. Hij kan zich daarover laten informeren door de aanbieder van het systeem. De regering gaat er immers van uit dat wie een product of dienst aanschaft zich adequaat laat informeren over de werking ervan en het te verwachten gebruikresultaat. Hij zal daarbij kritische vragen stellen om te bezien of het product of de dienst aan zijn verwachtingen en eisen voldoet. Daarbij kan hij ook nagaan of bij geautomatiseerde besluitvorming menselijke tussenkomst plaatsvindt van een persoon die de positie heeft om een voorgenomen keuze aan te passen. Hij dient daarbij alle relevante gegevens in de besluitvorming te betrekken.¹⁹

Voorts kan een aanwijzing voor het feit dat een geautomatiseerd systeem mogelijk discriminatoire elementen bevat de selectie van gepresenteerde kandidaten zijn. Als een zeer eenzijdig samengestelde selectie van kandidaten volgt of als de selectie van kandidaten opvallend afwijkt van de samenstelling van het arbeidsaanbod in de regio en/of de branche is dat een signaal dat het systeem mogelijk onjuiste selectieve elementen bevat. De werkgever dient dan na te gaan of de ingevoerde functieomschrijving en relevante informatie leiden tot een dergelijke uitkomst. Hij kan dat bijvoorbeeld doen met behulp van beschikbare tools van de Inspectie SZW en het College of andere beschikbare hulpmiddelen. Is er geen aanwijzing om te veronderstellen dat de functieomschrijving en relevante informatie tot die eenzijdige of van het beschikbare arbeidsaanbod afwijkende selectie leidt, dan is mogelijk het systeem er debet aan. In dat geval ligt een keuze voor aanpassing van het systeem of een ander systeem voor de hand. Dit risico en de wijze van omgang daarmee dienen in de werkwijze een plaats te krijgen.

De werkgever dient ervoor zorg te dragen dat degenen die betrokken zijn bij de werving en selectie kennis kunnen nemen van de werkwijze. Hierbij valt te denken aan de eigen werknemers van het bedrijf en aan degene die overweegt zich beschikbaar te stellen voor een vacature als werknemer, stagiair of anderszins. De werkgever kan hiervoor eenvoudig zorgdragen door de werkwijze te publiceren op de eigen website, maar zij kunnen het bijvoorbeeld ook op aanvraag opsturen naar potentiële sollicitanten.

De werkgever zal, voor zover niet nader uitgewerkt bij of krachtens amvb, in de beschrijving en toepassing van de werkwijze ervan moeten getuigen dat hij oog heeft voor relevante ontwikkelingen c.q. de stand van de wetenschap, waaronder ook technische ontwikkelingen worden begrepen, en de professionele dienstverlening. Daarbij kan hij praktische ondersteuning vinden bij digitale hulpmiddelen die relevante organisaties openbaar beschikbaar hebben gemaakt. Een eerdergenoemd voorbeeld

¹⁹ De noodzaak van de mogelijkheid van menselijke tussenkomst blijkt uit een juridische analyse van wettelijke regelingen rond privacy en de inzet van digitale hulpmiddelen voor werving en selectie door TNO. Binnenkort te publiceren.

hiervan is de checklist arbeidsmarktdiscriminatie van de Inspectie SZW. In deze checklist worden vier stappen van het wervings- en selectieproces doorlopen: werving, screening, interview en selectie. Bij elk van deze stappen wordt aangegeven welke risico's op discriminatie er zijn en hoe deze voorkomen kunnen worden. Werkgevers kunnen deze checklist benutten bij het opstellen van hun werkwijze. Voorts hebben diverse onderzoeken inzicht opgeleverd over discriminatie op de arbeidsmarkt en de wijze waarop dit tot uiting komt. In samenwerking met het programma VIA (Verdere integratie op de arbeidsmarkt) worden hierin activiteiten ontwikkeld teneinde inzicht te krijgen in concrete mogelijkheden voor werkgevers en intermediairs om de invloed van vooroordelen bij werving en selectie verder tegen te gaan. Samen met hen worden hiertoe experimenten opgezet. Eind 2019 wordt een onderzoek afgerond naar de ontwikkeling van geautomatiseerde systemen en algoritmen bij wervings- en selectieprocedures in relatie tot het risico op uitsluiting en discriminatie. Hierbij is de toenemende rol van recruiters, assessmentbureaus en onlineplatforms bij werving en selectie van personeel van belang. In 2021 zal een onderzoek naar anoniem solliciteren worden uitgevoerd. Deze ontwikkelingen en kennis worden in beeld gebracht en omgezet in handzame werkwijzen voor bedrijven, met name ook het MKB. Gewezen kan worden op de pilots die Diversiteit in Bedrijf heeft uitgevoerd ter ondersteuning van gelijke behandeling en diversiteit in het MKB. De daarmee opgedane ervaringen zijn o.a. benut voor de start van Amsterdam – Divers en Inclusief (ADI), een met steun van de gemeente Amsterdam opgezet platform voor Amsterdamse werkgevers, met een focus op het MKB.²⁰ ADI stimuleert en ondersteunt werkgevers om gericht te investeren in een divers personeelsbestand en een inclusief bedrijfsklimaat. Het draagt daarmee vanuit een positieve invalshoek bij aan het bevorderen van gelijke behandeling en het tegengaan van discriminatie en stelt een norm voor goed werkgeverschap. Wanneer de stand van de wetenschap en de professionele dienstverlening aanleiding geeft nieuwe vereisten toe te voegen aan de bij of krachtens amvb te stellen regels over de werkwijze, zal daarvan gebruik worden gemaakt. Hiermee wordt gevolg gegeven aan het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State.

Het College heeft een wervings- en selectiegids gepubliceerd waarin onder andere is aangegeven welke eisen men met het oog op gelijke behandelingswetgeving wel of niet mag stellen.²¹ Met behulp van de leeftijdsscan van deze organisatie kan de werkgever nagaan of hij in concrete bewoordingen of door een omschrijving van bijvoorbeeld de functie en functie-eisen onderscheid naar leeftijd maakt en of dit in het voorliggende geval is toegestaan of niet.²²

Meer gericht op intermediairs zijn de gedragsregels voor uitzendondernemingen van de Algemene Bond Uitzendondernemingen (ABU).²³ Al deze hulpmiddelen bieden informatie over het tegengaan van verboden onderscheid, voorbeelden van wat wel en niet is toegestaan en manieren om structuur aan te brengen in het proces van werving en selectie. De overheid zal het MKB actief ondersteunen door overdracht van kennis en eenvoudig toepasbare instrumenten, bijvoorbeeld met de reeds genoemde digitale handreiking die in samenwerking met sociale partners wordt ontwikkeld.

Bij het toezicht op de naleving van de verplichtingen uit hoofde van dit wetsvoorstel zal de toezichthouder naar alle redelijkheid rekening houden

²⁰ <https://020diverseniinclusief.nl>

²¹ <http://www.wervingenselectiegids.nl>

²² <http://www.wetscanleeftijd.nl/cgi-bin/checklist.cgi>

²³ <https://www.abu.nl/app/uploads/2019/02/Gedragsregels.pdf>

met de aard en omvang van het betrokken bedrijf. Zonder afbreuk te doen aan de norm van het verbod op onderscheid bij werving en selectie is het een gegeven dat van een grotere onderneming met een professionele personeelsafdeling een andere inzet mag worden verwacht dan van een bedrijf waar incidenteel een vacature is. Hierbij wordt in feite aangesloten bij hetgeen nu reeds praktijk is bij het toezicht op de naleving van andere verplichtingen op het gebied van psychosociale arbeidsbelasting, zoals het opstellen van een RI&E-analyse. Het rekening houden met de aard en omvang van het betrokken bedrijf komt onder meer tot uiting in de vrijstelling van MKB-bedrijven met ten hoogste 25 werknemers, behoudens intermediairs, van het vereiste om de werkwijze en de bijbehorende maatregelen op schrift te stellen. Uit consultatie van diverse partijen, waaronder werkgevers uit het MKB, is gebleken dat dit vereiste op veel weerstand stuit vanwege de administratieve lasten die dit met zich brengt, wat weer afbreuk doet aan de doelmatigheid. Daar komt bij dat naarmate bedrijven kleiner van omvang zijn de werkgever vaker in eigen persoon betrokken is bij de wervings- en selectieprocedure. Het op schrift stellen van de werkwijze, wat mede bedoeld is om de kenbaarheid van de werkwijze bij allen die in het bedrijf betrokken zijn bij sollicitatieprocedures te vergroten en de toepassing ervan te verzekeren, is minder noodzakelijk als de werkgever dicht bij de uitvoering van die procedure staat en toezicht op deze procedure kan houden. In haar advies heeft de Afdeling advisering van de Raad van State voor de positie van kleine ondernemingen ook aandacht gevraagd en in overweging gegeven werkgevers met minder dan 50 werknemers vooralsnog uit te zonderen van de werkingssfeer van het wetsvoorstel.

Nu de regering het realiseren van gelijke kansen voor iedereen die werk zoekt van dermate groot belang vindt en de gelijke behandelingswetgeving reeds lang het wettelijk kader is, kan het niet aan de orde zijn om een omvangrijk deel van de werkgevers geheel buiten de werkingssfeer van het voorstel te laten. Er is, gelet op het advies, wel voor gekozen om de grens voor het schriftelijkheidsvereiste hoger, op 25 werknemers, te leggen. Zou de grens op 50 werknemers worden gelegd, welke grens de Afdeling advisering van de Raad van State noemt, dan is het aandeel werkgevers dat de werkwijze op schrift moet stellen slechts circa 5% en dat aandeel vindt de regering te zeer beperkt.²⁴ Daarnaast komt de grens van ten hoogste 25 werknemers reeds voor in de Arbwet over de bijstand door deskundige werknemers op het gebied van preventie en bescherming.²⁵ Hoewel deze bedrijven, behoudens intermediairs, vrijgesteld zijn van het vereiste om hun werkwijze op schrift te stellen, blijft de norm van werving en selectie zonder verboden onderscheid uiteraard ook gelden voor deze bedrijven evenals de hieronder nader beschreven vergewisplicht. In voorkomende gevallen zal de werkgever bij het toezicht door de Inspectie SZW moeten verklaren hoe hij de werving en selectie aanpakt en hoe hij daarbij gelijke kansen creëert en verboden onderscheid voorkomt. In hoofdstuk II Handhaving wordt hier nader op ingegaan. Overigens is in de wettekst over de kleine MKB-bedrijven steeds verwezen naar «ondernemingen waarin in «in de regel» niet meer dan 25 personen werkzaam zijn». De constructie waarbij wordt gekeken naar reguliere aantallen werkzame personen, en niet naar piekbelasting of dalmomenten, is ontleend aan de Wet op de ondernemingsraden. Het maakt bijvoorbeeld dat een onderneming die maar een relatief korte periode een lagere bezetting kent (maximaal 25 personen) niet onder de vrijstelling valt.

²⁴ Afgeleid uit CBS» StatLine (2020).

²⁵ In het tiende lid van artikel 13 is bepaald dat deskundige werkgevers met niet meer dan 25 werknemers de taken in het kader van de bijstand ook zelf kunnen uitvoeren. Bijstand door deskundige werknemers is dan niet vereist.

II.d. Vergewisplicht bij dienstverlening door intermediairs

Werkgevers kunnen de werving en selectie zelf ter hand nemen of geheel of gedeeltelijk uitbesteden aan intermediairs. Ook kan men personeel inlenen van een intermediair. Het is echter niet zo dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor werving en selectie waarbij discriminatie wordt voorkomen ophoudt als hij een derde inschakelt bij het zoeken naar geschikt personeel of als hij personeel inleent. Het is begrijpelijk dat bij uitbesteding van (een gedeelte van) de sollicitatieprocedure de werkgever op een afstand staat en minder betrokken is bij de feitelijke werving en selectie. Wel dient de werkgever zich ervan te vergewissen dat de intermediair over een werkwijze beschikt die gericht is op voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie. Hij kan dit bijvoorbeeld doen door de werkwijze van de derde op te vragen om bijvoorbeeld aan de hand van zijn eigen werkwijze of met behulp van eerdergenoemde digitale hulpmiddelen te bezien of de derde voldoende doet om direct of indirect verboden onderscheid te voorkomen. Beoordeelt de werkgever deze werkwijze van de intermediair als onvoldoende, dan zal hij zijn opdracht aan een andere intermediair moeten gunnen om risico uit te sluiten van een boete wegens de inschakeling van een intermediair die de wet onvoldoende naleeft.

In voorkomende gevallen dient hij aan te tonen dat hij zich daadwerkelijk ervan heeft vergewist dat de intermediair aan wie hij de werving en selectie heeft uitbesteed of van wie hij personeel inleent. Dit kan hij doen door de werkwijze van de derde of de correspondentie daarover te archiveren. Dezelfde opzet geldt voor de intermediair die gebruik maakt van de dienstverlening van een andere intermediair. Eerstgenoemde intermediair heeft dan een vergewisplicht ten opzichte van de door hem ingeschakelde andere intermediair. Het is overigens niet zo dat bij elke uitbestede werving of selectie de werkgever zich opnieuw ervan moet vergewissen dat de intermediair over een adequate werkwijze beschikt. Zolang men van dezelfde intermediair gebruik maakt en de resultaten van de dienstverlening daartoe geen aanleiding geven volstaat het om slechts periodiek, bijvoorbeeld eens per jaar, te toetsen of de werkwijze nog actueel is en wordt toegepast. Deze vergewisplicht geldt ook voor MKB-bedrijven met ten hoogste 25 werknemers, die alleen zijn vrijgesteld van het vereiste om hun werkwijze op schrift te stellen.

II.e. Ondernemingsraad

De Wet op de ondernemingsraden (Wor) voorziet reeds in instemming van de ondernemingsraad voor elk door de werkgever voorgenomen besluit tot vaststelling, wijziging of intrekking van (o.a.) een regeling op het gebied van aanstellingsbeleid (artikel 27, eerste lid, onderdeel e)²⁶. De werkwijze voor werving en selectie is te beschouwen als een regeling op het gebied van aanstellingsbeleid en heeft dus instemming van de ondernemingsraad. De regering vindt deze instemming ook waardevol nu het om de ondersteuning van een fundamentele maatschappelijke norm gaat, namelijk het bieden van eerlijke en gelijke kansen op de arbeidsmarkt aan iedereen. Betrokkenheid en instemming van de ondernemingsraad is niet alleen nuttig vanwege de inhoudelijke toets van de werkwijze. Deze betrokkenheid kan ook bijdragen aan de kwaliteit ervan en via periodieke bespreking in de overlegvergaderingen aan het actueel en «levend» houden van de werkwijze of indien wenselijk aan aanpassing ervan.

De Wor bepaalt tevens dat in ondernemingen waarin in de regel ten minste 10 personen maar minder dan 50 personen werkzaam zijn een personeelsvertegenwoordiging kan instellen. Indien deze niet is ingesteld

²⁶ Staatsblad 1971, 54.

dient de werkgever zijn werknemers ten minste tweemaal per jaar in de gelegenheid te stellen met hem bijeen te komen in een zogenoemde personeelsvergadering. De werkwijze zou daarbij op initiatief van de werkgever of de werknemers onderwerp van gesprek kunnen zijn.

II.f. Sollicitant

Het toezicht van de Inspectie SZW richt zich op de verplichtingen die in het kader van deze wet aan de werkgever zijn opgelegd. Het toezicht is niet gericht op individuele situaties, maar op de werkwijze van de werkgever om direct of indirect onderscheid bij werving en selectie te voorkomen. In paragraaf III van deze memorie van toelichting is dit nader uitgewerkt. De sollicitant heeft in deze geen positie in de zin dat hij geen subject van het toezicht is. Daarnaast is er voor de aangeboden functie nog geen arbeidsrelatie met de sollicitant tot stand gebracht, tenzij het een interne kandidaat betreft. Indien een sollicitant van mening is dat hij te maken heeft met direct of indirect onderscheid kan hij een klacht indienen bij het College, aangifte doen bij de politie of melding doen bij een antidiscriminatievoorziening. Is de sollicitant reeds werknemer van de werkgever die de functie aanbiedt, dan kan hij bijvoorbeeld de ondernemingsraad verwittigen, of indien beschikbaar de vertrouwenspersoon, raadsman of klachtencommissie inschakelen. Ook kan melding worden gedaan bij de Inspectie SZW. De Inspectie SZW toetst echter geen individuele situaties. Een ontvangen klacht wordt meegenomen in de risicoanalyse van de Inspectie SZW. Dit kan leiden tot een inspectie bij het bedrijf of de instelling waartegen de klacht gericht is teneinde vast te stellen of voldoet wordt aan de wettelijke vereisten.

II.g. Verhouding tot het recht van de Europese Unie

De bepalingen in dit wetsvoorstel zijn ook van toepassing op de buitenlandse werkgevers die in Nederland personeel werven en selecteren, degenen die arbeidsbemiddeling verrichten in het buitenland ten behoeve van een in Nederland gevestigde werkgever of in Nederland woonachtige werkzoekende, of dienstverrichters die arbeidskrachten in Nederland ter beschikking stellen. Het gaat bij de Arbowet en de Waadi om bepalingen van bijzonder dwingend recht in de zin van artikel 9 van Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (de Rome I-verordening), zoals dit ook is aangegeven bij de implementatie van Richtlijn 96/71/EG betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (de detacheringsrichtlijn) (Kamerstukken II, 1998–1999, 26 524, nr. 3, blz. 2, en Kamerstukken II, 2015/16, 34 408, nr. 3, blz. 3). De detacheringsrichtlijn, zoals gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2018/957 van het Europees Parlement en de Raad van 28 juni 2018, geeft grensoverschrijdend gedetacheerde werknemers, ongeacht het recht dat van toepassing is op het dienstverband, recht op een aantal arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden die gelden in het land waar het werk wordt uitgevoerd (de zogenaamde «harde kern»-bepalingen). Tot deze harde kern behoren bepalingen die zien op gelijke behandeling van mannen en vrouwen, alsmede andere bepalingen inzake non-discriminatie (artikel 3, eerste lid, onderdeel g). Hiermee is op dit punt in de detacheringsrichtlijn reeds de afweging gemaakt tussen het vrij verkeer van diensten, zoals dit is verankerd in artikel 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en de bescherming van ter beschikking gestelde werknemers.

III Handhaving en sancties

In het regeerakkoord zijn keuzes voor het toezicht op gezond, veilig en eerlijk werk en bestaanszekerheid gemaakt. Er is € 50 miljoen vrijgemaakt voor versterking van de handhavingsketen van de Inspectie SZW conform het Inspectie Control Framework (ICF). Met deze extra middelen kan de Inspectie SZW de handhaving en aanpak van fraude op de arbeidsmarkt intensiveren en zich inzetten voor een goed werkende arbeidsmarkt in het belang van werkgevers en werknemers.²⁷ Onderdeel van deze opdracht is de aanpak van arbeidsmarktdiscriminatie, zoals gemeld in het eerder genoemde Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie 2018–2021. Met het voorliggende wetsvoorstel Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie krijgt de Inspectie SZW de bevoegdheid om toezicht te houden op het proces van werving en selectie en sancties te treffen indien deze wet niet wordt nageleefd.

De bevoegdheid voor de Inspectie SZW om toezicht te houden op het discriminatievrij zijn van de werving en selectie is opgenomen in twee wetten, de Arbowet en de Waadi. De Inspectie SZW zal daarbij gebruik maken van het beschikbare wettelijke instrumentarium. Op grond van artikel 34, eerste lid, van de Arbowet en artikel 18, eerste lid, van de Waadi kan de Inspectie SZW een bestuurlijke boete opleggen als een werkgever niet voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit het onderhavige wetsvoorstel en daarin als overtreding worden aangeduid. Daarnaast kent de Arbowet de eis tot naleving. Dit instrument zal nu ook worden opgenomen in de Waadi, zodat bij een overtreding van de wettelijke verplichtingen in het kader van dit wetsvoorstel ook eerst een eis tot naleving kan worden opgelegd. De regering heeft hiertoe besloten om de transparantie en eenheid van handhaving van het voorliggende wetsvoorstel te bevorderen. Dit betekent dat niet alleen de werkgever in de zin van de Arbowet, maar ook de intermediair die in gebreke blijft bij de naleving van werving en selectie van personeel in het kader van zijn dienstverlening aan derden eerst een eis tot naleving krijgt opgelegd en pas beboet zal worden als hij geen gehoor geeft aan deze eis. Het kunnen stellen van een eis tot naleving doet tevens recht aan het feit dat verboden onderscheid vaak onbedoeld wordt gemaakt.

In haar advies heeft de Afdeling advisering van de Raad van State erop gewezen dat handhaving via de bestuursrechtelijke weg als risico in zich bergt dat het leidt tot «afvinkgedrag» en niet tot de beoogde maatschappelijk wenselijke aanpassing in het (wervings- en selectie)gedrag, temeer daar volgens de Afdeling advisering de normstelling nog in ontwikkeling is. De bovengenoemde verheldering in de normstelling op wetsniveau geeft daarvan rekenschap, als ook de uitwerking van die norm bij of krachtens amvb. De Inspectie onderkent het door de Afdeling advisering van de Raad van State genoemde risico en hanteert een fasering in het toezicht. Dat toezicht op naleving en bevordering van naleving veel kan opleveren is de afgelopen tijd duidelijk geworden. De Inspectie SZW is in 2019 begonnen met het uitvoeren van verkennende inspecties op het terrein van discriminatie bij werving en selectie. Hieruit blijkt dat in ongeveer de helft van de gevallen de werkgever beschikt over een standaardprocedure of protocol voor werving en selectie. Dit betreft dan vooral de grotere (meer dan 100 werknemers) werkgevers. De overgrote meerderheid van de werkgevers is niet bekend met de werving & selectiegids van het College; 90 procent is ook niet bekend met hulpmiddelen als het handboek P&O voor bewustwording en correct handelen bij

²⁷ Zie ook Kamerstukken II, 2018/19, 29 544, nr. 846.

werving & selectie, de app Diversiteit loont²⁸ of de gedragscode van de uitzendbranche. Daar lijkt dus nog aanzienlijke winst te boeken.

Na inwerkingtreding van de wet zal de Inspectie SZW in de eerste jaren naar verwachting met name een grote rol spelen bij het bekendheid geven aan de verplichting om een werkwijze te hebben. Dit sluit aan bij het eerder genoemde inzicht dat vooral de sociale norm een belangrijke rol speelt: werkgevers laten goed gedrag zien als andere werkgevers dat ook doen.²⁹ Handhaving zal naar verwachting met name bestaan uit het opleggen van eisen tot naleving. Die eisen zetten aan tot wetsconform gedrag, en daarmee zijn zij gericht op het stimuleren van bewustwording en op het proces om binnen bedrijven tot een gedragen werkwijze te komen. De handhaving zal zich in eerste instantie richten op werkgevers die in het geheel geen werkwijze met betrekking tot werving en selectie hebben. Voor werkgevers die wel een werkwijze met betrekking tot werving en selectie hebben, zal de Inspectie SZW handhaven bij evidente tekortkomingen door een eis te stellen. Bijvoorbeeld in het geval van een werkwijze op papier, terwijl deze niet kenbaar is gemaakt aan de werknemers die zich in de praktijk bezighouden met werving en selectie. De eis zal dan betrekking hebben op het bekendheid geven aan de werkwijze. Werkgevers die ook na gestelde eisen afwijzend en weigerachtig blijven, kunnen worden beboet.

De beoordeling of de werkwijze van een bedrijf omissies vertoont, vereist een maatwerkbenadering en ondubbelzinnige motivering van de door de Inspectie SZW op te leggen eisen. Dat zal ook arbeidsintensiever toezicht betekenen naarmate de stand van de wetenschap in de tijd wordt uitgebouwd. Gaandeweg zal de handhaving van de Inspectie SZW naar verwachting vaker leiden tot boeteoplegging bij werkgevers die weliswaar een werkwijze hebben vastgesteld, maar waarbij deze werkwijze nog omissies vertoont.

Als kader gebruikt de Inspectie SZW een zogenoemde Basisinspectiemodule, waarin beleidsregels zijn opgenomen. Dergelijke modules worden ten behoeve van de handhaving van wettelijke verplichtingen opgesteld aan de hand van de stand van de wetenschap – in gevallen waar de stand van de wetenschap in de wettelijke normering een rol speelt – en gepubliceerd op de website van de Inspectie SZW. Basisinspectiemodules 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. De basisinspectiemodule blijft binnen het kader dat is vastgelegd op wetsniveau of nader is uitgewerkt bij of krachtens amvb. De ervaring die de Inspectie SZW zal opdoen in de eerste jaren na inwerkingtreding van de wet wordt gebruikt om de Basisinspectiemodule aan te vullen en zo nodig de amvb daarop aan te passen.

Bij de onderzoeken in bedrijven en instellingen met meer dan 25 werknemers en intermediairs zal de Inspectie SZW de op schrift gestelde werkwijze opvragen en nagaan of deze 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. De Inspectie SZW zal beoordelen of deze

²⁸ De app Diversiteit loont is ontwikkeld door de Stichting Opleiding & Ontwikkeling Flexbranche in samenwerking met ABU, NBBU en Add-app. Doel is intercedenten te leren omgaan met discriminatie op de werkvloer.

²⁹ Movisie (2018); Discriminatie in werking en selectie aanpakken: wat werkt?

werkwijze voldoet aan de wettelijke vereisten en bij de werkgever nagaan of de werkwijze in de praktijk wordt benut. Indien gebruik gemaakt wordt van dienstverlening van intermediairs zal worden gecontroleerd op naleving van de vergewisplicht. Indien het toezicht plaatsvindt op basis van een ontvangen klacht zal deze in het onderzoek betrokken worden. In de regel worden ook werknemers in de gelegenheid gesteld om hun opvattingen te geven over het wervings- en selectiebeleid en zal beoordeeld worden in of dit in lijn is met de informatie van de werkgever. Wordt aan de onderhavige verplichtingen niet of onvoldoende voldaan, dan zal de Inspectie SZW aan de werkgever een eis tot naleving opleggen. De werkgever krijgt dan een bepaalde termijn om de punten waarop hij in gebreke is gebleven te herstellen. Blijkt bij een hercontrole dat hij in onvoldoende mate aan deze eis gehoor heeft gegeven, dan zal een bestuurlijke boete worden opgelegd van de vijfde categorie (normbedrag € 4.500). Deze boetecategorie geldt eveneens ten aanzien van een vergelijkbare verplichting als het dienen te beschikken over een risico-inventarisatie en -evaluatie.

Bij de groep bedrijven met ten hoogste 25 werknemers (uitgezonderd intermediairs) die hun werkwijze niet op schrift hoeven te stellen maar mondeling kunnen toelichten, zal de Inspectie SZW in het kader van het toezicht de werkgever vragen om te verklaren wat zijn werkwijze bij werving en selectie is. Immers, de werkgever heeft zich te houden aan de wettelijke verplichting om een beleid te hebben en toe te passen dat gelijke kansen biedt en discriminatie voorkomt. De werkgever zal zijn werkwijze mondeling moeten toelichten. Hij kan zijn toelichting eventueel ondersteunen met schriftelijke stukken als hij die beschikbaar heeft zoals vacatureteksten als hij die beschikbaar heeft of een leidraad voor een sollicitatiegesprek. Daarnaast kan de werkgever aangeven dat hij kennis heeft genomen van door deskundige organisaties aangeboden handreikingen en checklists of dat hij een arbocatalogus benut. Bij inschakeling van een intermediair zal de werkgever in het kader van de vergewisplicht een afschrift van de op schrift gestelde kopie van de werkwijze van de intermediair kunnen overhandigen. Op basis van al deze informatie ontstaat een beeld van de wijze waarop de werkgever de werving en selectie van nieuw personeel aanpakt en zal naar redelijkheid afgewogen kunnen worden of hiermee gelijke kansen worden geboden. Is dat niet het geval, bijvoorbeeld omdat de werkgever geen blijk geeft van inhoudelijke kennis van de wettelijke verplichting om over een werkwijze te beschikken of geen aandacht lijkt te besteden aan voorkoming van verboden onderscheid, dan kan de Inspectie SZW van hem verlangen dat hij de werkwijze op schrift stelt (eis tot naleving). Blijkt deze alsnog op schrift gestelde werkwijze onvoldoende om aan de vereisten van de wet te voldoen, dan zal opnieuw een eis tot naleving opgelegd kunnen worden, die erop gericht is de werkwijze inhoudelijk op orde te brengen. Pas als de werkgever wederom in gebreke blijft kan een boete worden opgelegd. Met de vrijstelling van het schriftelijkheidsvereiste wordt de desbetreffende werkgevers de mogelijkheid geboden om op een meer eenvoudige manier aan de wettelijke verplichting om over een werkwijze te beschikken te voldoen.

In het kader van de handhaving is ook de relatie tot de gelijkebehandelingswetgeving relevant. Daarbij speelt met name de vraag hoe handhaving door de Inspectie SZW zich verhoudt tot een procedure bij het College. De regering ziet het als volgt. De Inspectie SZW houdt toezicht op de aanwezigheid en toepassing van een (schriftelijke) werkwijze voor werving en selectie die gericht is op het bieden van gelijke kansen. Daarnaast dient aan andere wettelijke vereisten te worden voldaan, zoals de vergewisplicht. Het gaat dus om het bedrijfsbrede beleid waarop de Inspectie SZW toeziet en niet om onderzoek van een individuele casus. Wordt door de Inspectie SZW een klacht ontvangen in een individuele

casus, dan kan dat vanwege de risicogerichte aanpak leiden tot een breed onderzoek naar de wervings- en selectieprocedure in het bedrijf dat bij de klacht betrokken is. Bij het College gaat het om individuele zaken van (vermeende) discriminatie. Het oordeel is, anders dan bij het toezicht door de Inspectie SZW het geval is, gebaseerd op de individuele casus. Indien relevant zal de Inspectie SZW een oordeel van het College mee laten wegen in het toezichtsbeleid. Andersom kan het College bij de beoordeling van het feitencomplex van een individuele casus meewegen dat er geen wettelijk verplichte werkwijze is.

Ten aanzien van «good governance» bestaat een breed politiek en maatschappelijk draagvlak voor openbaarmaking van inspectiegegevens en wordt meer openheid in bestuur en toezicht wenselijk en vanzelfsprekend gevonden. De openbaarmaking is erop gericht de naleving van wetten te bevorderen, bij te dragen aan de legitimering van het handelen van de toezichthouder en transparantie te verschaffen over de wijze waarop dit toezicht plaatsvindt. Tevens wordt met het actief openbaar maken van toezichtsbevindingen beoogd om derden te informeren en waar nodig te waarschuwen, omdat zij daarbij een belang hebben.³⁰ Voor werkgevers betekent openbaarmaking dat bekend wordt dat zij de wettelijke verplichtingen die bedoeld zijn om verboden onderscheid tegen te gaan niet naleven. Dit maakt het bedrijf minder aantrekkelijk als potentiële werkgever of als bedrijf om zakelijke relatie mee te hebben. Dit geldt bijvoorbeeld de situatie waarin een werkgever ten behoeve van de werving en selectie gebruikt maakt van de dienstverlening van een intermediair. De werkgever kan besluiten geen zaken te doen met een intermediair aan wie eerder een boete is opgelegd. Dit vooruitzicht kan voor werkgevers een extra stimulans zijn om de wettelijke bepalingen in acht te nemen. De intermediair kan deze voor hem nadelige consequenties voorkomen door de wettelijke bepalingen in acht te nemen. Overigens is uit recent onderzoek gebleken dat openbaarmaking van inspectiegegevens bij arbeidsmarktdiscriminatie op basis van migratieachtergrond bij kan dragen aan het voorkomen ervan, mits de openbaarmaking op effectieve wijze gebeurt.³¹ De Inspectie SZW gaat de mogelijkheden hiertoe na. Gezien het belang dat de regering hecht aan het aanpakken van arbeidsmarktdiscriminatie en ter ondersteuning van de norm dat discriminatie bij werving en selectie wordt voorkomen en gelijke kansen worden gecreëerd, zal de Inspectie SZW de op grond van dit wetsvoorstel opgelegde boetes openbaar maken. Het gaat daarbij zowel om de boetes die op grond van de Arbowet worden opgelegd aan werkgevers die zelf de werving en selectie ten behoeve van een openstaande dienstbetrekking ter hand nemen als om de boetes die worden opgelegd op grond van de Waadi aan intermediairs in het kader van hun dienstverlening aan werkgevers. Dit betekent dat ook persoonsgegevens openbaar worden gemaakt als de werkgever een natuurlijk persoon is. Dit vergt een zorgvuldige afweging van het doel van openbaarmaking en de privacy van betrokkene. Daarbij heeft de regering het volgende overwogen. Omdat in alle gevallen en ten aanzien van alle bedrijven eerst een eis tot naleving wordt opgelegd die gericht is op verbetering van de op schrift gestelde werkwijze, wordt voorkomen dat openbaarmaking goedwillende werkgevers die onbedoeld verboden onderscheid maken onevenredig treft. Nu eerst de eis tot naleving wordt opgelegd is het voor de betrokken werkgevers duidelijk dat hun werkwijze niet voldoet en op welke punten aanpassing noodzakelijk is. Voldoet de werkwijze vervolgens nog steeds niet en volhardt de werkgever in zijn handelen, dan kan een boete worden opgelegd die vervolgens openbaar gemaakt wordt. Juist nu de werkgever ondanks dat hij erop gewezen is

³⁰ Memorie van toelichting Wet aanpak schijnconstructies, Kamerstukken II, 2014/15, 34 108, nr. 31.

³¹ SEO (2019); Effecten openbaarmaking inspectiegegevens inspectie SZW, 2019.

dat zijn werkwijze niet voldoet deze niet aanpast, is het risico dat hij verboden onderscheid maakt reëel en is het van belang dat derden die met de werkgever zaken willen doen daarover worden geïnformeerd. Voor de werkgever geldt in dat geval dat hij willens en wetens het risico van openbaarmaking met alle consequenties van dien heeft genomen. De regering vindt na deze zorgvuldige procedure van toezicht openbaarmaking van de aan het bedrijf oplegde boete dan niet disproportioneel ten opzichte van de belangen van dat bedrijf.

IV Reacties

IV.a. Sociale partners

Het conceptwetsvoorstel is besproken met sociale partners. De belangrijkste punten uit hun reacties zijn als volgt.

De werknemersorganisaties onderschrijven de noodzaak van een stevige aanpak van discriminatie bij werving en selectie, die nog steeds te veel voorkomt. Het wetsvoorstel waarmee de Inspectie SZW toezichthoudende bevoegdheden krijgt is een goede bijdrage aan voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie. Zij zijn wel van mening dat met het oog op een verhoging van de effectiviteit van de wetgeving en het daarmee te dienen beleid een verdere verbreding van het handavingsinstrumentarium wenselijk is.

VNO-NCW/MKB-Nederland en AWWN wijzen arbeidsmarktdiscriminatie af en zijn van mening dat discriminatie wanneer deze plaatsvindt effectief bestreden moet worden. Werkgevers willen de gewenste inclusieve arbeidsmarkt helpen realiseren en zijn er positief over dat de overheid het belang van een inclusieve arbeidsmarkt hoog op agenda heeft staan. De organisaties zetten echter vraagtekens bij de maatregelen van het wetsvoorstel en de effectiviteit ervan in de praktijk. Zij stellen dat het wetsvoorstel gericht is op het instellen en controleerbaar maken van procedures en tot administratieve lasten leidt en betwijfelen of discriminatie hiermee voorkomen wordt. Veel bedrijven hebben al een divers samengesteld personeelsbestand en worden nu belast met nieuwe administratieve verplichtingen. Met name voor kleinere werkgevers is dit belastend. Dit komt omdat het hen aan de benodigde deskundigheid en middelen ontbreekt.

De organisaties zijn voorts van mening dat de openbaarmaking van opgelegde boetes de betrokken bedrijven disproportioneel veel schade toebrengt. In paragraaf III (Handhaving en sancties) wordt uitgelegd waarom openbaarmaking van belang is in het kader van de bestrijding van arbeidsmarktfraude. Werkgeversorganisaties willen gezamenlijk met brancheorganisaties inzetten op het vergroten van kennis en bewustwording via een campagne gericht op hun leden.

Mede naar aanleiding van de reactie van werkgevers, de internetconsultatie en de MKB-toets, is het conceptwetsvoorstel aangepast.

MKB-bedrijven met ten hoogste werknemers worden vrijgesteld van het vereiste om de werkwijze op schrift te stellen. Hiertoe is mede naar aanleiding van de signalen die voortkwamen uit onder andere de MKB-toets en de internetconsultatie besloten. De onderliggende norm blijft gelden voor alle werkgevers.

De Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen (NBBU) staat achter het streven naar werving en selectie zonder discriminatie en signaleert dat bewustwording toeneemt als ondernemingen actief aan de slag gaan met het inrichten van procedures. Toch is de NBBU tegen het wetsvoorstel als geheel. De reden hiervoor is dat de dienstverlening door uitzendondernemingen onder de Waadi valt en dat deze wet geen eis tot naleving kent. Dat betekent dat uitzendondernemingen bij overtreding van de wet geen kans op herstel krijgen maar direct beboet kunnen worden. Daar komt bij dat de boete openbaar

gemaakt wordt. De ABU is ook kritisch op dit punt. Mede naar aanleiding van deze reacties, maar ook vanuit het oogpunt van transparantie en eenheid van handhaving tussen de Arboret en de Waadi als het gaat om de wettelijke verplichtingen om discriminatie bij werving en selectie te voorkomen zal in de Waadi de eis tot naleving worden opgenomen als handhavinginstrument in het kader van de verplichtingen die het voorliggende wetsvoorstel met zich meebrengt. In paragraaf III is dit nader toegelicht.

De ABU ondersteunt in algemene zin de hoofdlijnen van de kabinetsaanpak van arbeidsmarktdiscriminatie en de voorgestelde nieuwe wetgeving. De ABU constateert echter dat onduidelijk is wanneer werkgevers aan de wettelijke vereisten voldoen en is kritisch over de handhaving en het sanctiebeleid. De ABU steunt de vergewisplicht voor inlenende bedrijven maar stelt voor dat aan de vergewisplicht is voldaan als een inlener zich ervan vergewist heeft dat dat de intermediair over een keurmerk, als dat van de ABU, beschikt. De ABU stelt voor dit wettelijk te regelen. De regering ondersteunt de gedachte dat het zich ervan vergewissen dat een uitzendonderneming beschikt een keurmerk waarin het voeren van antidiscriminatiebeleid is opgenomen, kan worden gezien als invulling van de vergewisplicht. Nader onderzocht zal worden hoe dit in de handhavingspraktijk vorm kan krijgen. De Stichting AFNL-NOA³² is onaangenaam getroffen door het wetsvoorstel, waaruit wantrouwen tegenover de branche zou spreken. Ondernemers zouden in de positie komen waarin zij een veronderstelling dienen te weerleggen. De regering herkent zich er niet in dat zij ondernemers in een dergelijke positie brengen of zou wantrouwen. Het gaat erom dat werving en selectie zonder verboden onderscheid plaatsvindt, en dat het controleerbaar gebeurt. Het maken van onderscheid is vaak onbedoeld. Juist daarom is het van belang dat werkgevers zich hiervan bewust worden en een werkwijze opstellen waarin zij duidelijk maken hoe zij onderscheid, of het nu bewust of onbewust gemaakt wordt, zullen voorkomen. Dit geldt voor alle werkgevers ongeacht de branche waarin zij actief zijn. Voorts wijst de AFNL-NOA op het ontstaan van extra administratieve lasten voor met name het MKB en sluit men zich aan bij de reactie van VNO-NCW/ MKB-NL.

Het wetsvoorstel is ook voorgelegd aan de Zelfstandige Publieke Werkgevers (ZPW). Naast enkele vragen van meer praktische aard is er geen aanleiding geweest voor nadere opmerkingen van de zijde van de ZPW.

IV.b. Handhavingstoets Inspectie SZW

De Inspectie SZW heeft het wetsvoorstel getoetst op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. De uitvoerings- en handhavingstoets heeft een positief resultaat opgeleverd. De Inspectie SZW acht het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar, mits in de memorie van toelichting aanvullend aandacht wordt besteed aan criteria en normen aan de hand waarvan de Inspectie kan vermoeden of een werkgever met in de regel ten hoogste werknemers over een werkwijze beschikt. De handhavingsparagraaf in deze memorie van toelichting is daarop aangevuld.

IV.c. Adviescollege toetsing regeldruk

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft op 25 oktober 2019 advies uitgebracht over het conceptwetsvoorstel. Op 12 juni 2020 is een aanvullende zienswijze uitgebracht in verband met het creëren van een

³² Aannemersfederatie Bouw&Infra Nederland en Nederlandse Ondernemersvereniging voor Afbouwbedrijven.

vrijstellingsbepaling voor «kleine» werkgevers waarbij de grens op 10 werknemers lag. Het ATR komt tot een negatief eindoordeel. Het ATR constateert dat nut en noodzaak van maatregelen tegen arbeidsmarktdiscriminatie niet aan discussie onderhevig zijn, omdat er nog steeds geen sprake is van een discriminatievrije arbeidsmarkt. Het ATR merkt echter op dat er geen weergave is van empirisch onderzoek waaruit zou blijken dat het opstellen van een werkwijze bijdraagt aan de kennis en bewustwording van het maken van verboden onderscheid en aan de mogelijkheid om dit in de praktijk tegen te gaan. In reactie hierop is paragraaf 1.c aangevuld met resultaten van enkele relevante onderzoeken over werving en selectie zonder discriminatie. Tevens is vermeldenswaard dat de Inspectie SZW verkennende inspecties heeft gehouden waaruit blijkt dat beleid om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan bij veel bedrijven niet of onvoldoende is ontwikkeld en dat hier nog veel te winnen valt. Het wetsvoorstel draagt daaraan bij. Het ATR heeft zijn oordeel in de aanvullende zienswijze niet bijgesteld. Het ATR merkt voorts op dat het optellen en hanteren van een werkwijze geen garantie geeft op (het ervaren van) een discriminatievrije arbeidsmarkt. Hiervan is de regering zich bewust. Hoewel het volledig uitsluiten van discriminatie met geen enkele maatregel gegarandeerd kan worden, verwacht de regering dat het wetsvoorstel bijdraagt aan het tegengaan van het (onbewust) maken van verboden onderscheid. Ten slotte merkt het ATR op dit punt op dat het gebruik van een Arbocatalogus juist niet zou bijdragen aan bewustwording, omdat werkgevers die deze gebruiken niet actief kennis zouden verwerven en niet zelf een werkwijze opstellen. De regering zal er in de voorlichting over de nieuwe wettelijke verplichting aandacht besteden aan het opstellen van een adequate werkwijze en hulpmiddelen daarbij, waaronder een arbocatalogus, en het belang van actieve kennisneming en toepassing daarvan bevorderen,

Het ATR merkt op dat het wetsvoorstel niet duidelijk maakt of alternatieven zijn overwogen en noemt zelf als alternatief dat de Inspectie SZW de norm van werving en selectie waarbij discriminatie wordt voorkomen handhaaft door bedrijven aan te spreken op hun gedrag of handelen. De regering is van mening dat het erom gaat dat arbeidsmarktdiscriminatie vanaf het begin wordt uitgebannen en er dus bedrijfsmatig wordt nagedacht over non-discriminatoire vormgeving van bijvoorbeeld vacatureteksten en selectie van kandidaten. Daarvoor is nodig dat werkgevers en intermediairs kloppend organisatiebeleid hebben. Aan de hand van bewijsstukken kan de Inspectie SZW zo nodig aantonen dat de wet niet is nageleefd en niet is voldaan aan de norm van voorkoming van discriminatie bij werving en selectie. Zolang de Inspectie SZW onvoldoende beschikking kan krijgen over schriftelijke bescheiden over het verloop van het wervings- en selectieproces bemoeilijkt dat een adequate handhaving en sanctieoplegging, zoals het opleggen van een bestuurlijk boete. Daarnaast draagt het opstellen van een werkwijze bij aan bewustwording over het risico van het maken van verboden onderscheid in de praktijk. Dit preventieve aspect komt niet tot uiting als het opstellen van werkwijze achterwege blijft en doet afbreuk aan het bereiken van de doelstelling van de wet, namelijk het tegengaan van discriminatie bij werving en selectie. Overigens zijn in paragraaf 1.b de overwegingen aangegeven om niet aan te sluiten bij de gelijkebehandelingswetgeving. Ten slotte stelt het ATR dat de maatregelen voor de kleinere bedrijven niet werkbaar zijn. Wat betreft de werklast van het tot zich nemen van de benodigde kennis en het opstellen van een werkwijze voor de kleine bedrijven is relevant dat de regering, in lijn met deze opvatting van de ATR en mede naar aanleiding van de resultaten van de MKB-toets, heeft besloten om bedrijven met ten hoogste 25 werknemers niet te verplichten om de werkwijze op schrift te stellen. In de aanvullende zienswijze vraagt de ATR zich af waarom deze minder belastende bepaling niet voor

middelgrote of grote bedrijven kan gaan gelden. Op advies van het ATR is de beschrijving en berekening van de lastendruk aangevuld met die vanwege geautomatiseerde systemen bij werving en selectie en die voor burgers.

IV.d. Autoriteit Persoonsgegevens

De Autoriteit Persoonsgegevens adviseert om met het oog op de privacy van werkgever die een natuurlijk persoon is geen gegevens over een opgelegde boete openbaar te maken. Openbaarmaking wordt ten aanzien van deze groep werkgevers als disproportioneel beoordeeld. De regering maakt op dit punt een andere afweging en merkt hierbij op dat in alle gevallen eerst een eis tot naleving wordt gegeven alvorens een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Er is sprake van een zorgvuldige procedure die de werkgever kansen biedt om zijn handelen op orde te brengen alvorens hij wordt geconfronteerd met een boete en openbaarmaking. De memorie van toelichting is naar aanleiding van dit advies aangevuld (paragraaf III).

IV.e. MKB-toets

Op 5 september 2019 is het voornemen van de regering voor de invoering en toepassing van een wettelijke verplichting voor het opstellen van een werkwijze om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan besproken met een vijftal werkgevers. Deze werkgevers pleitten unaniem tegen dit voornemen. Zij beoordelen het voornemen als louter een extra administratieve last die in de praktijk geen effect zal hebben. De betrokken werkgevers gaven aan geen verboden onderscheid te maken bij het werven en selecteren van personeel.

In de inleiding bij deze memorie van toelichting is reeds aangegeven dat discriminatie bij werving en selectie nog steeds voorkomt en dat mensen bij vacaturevervulling worden uitgesloten van de arbeidsmarkt. Gezien dit gegeven wil de regering geen bedrijven vrijstellen van de verplichting om over een werkwijze voor werving en selectie te beschikken om daarmee arbeidsmarktdiscriminatie tegen te gaan. De regering komt hierbij de MKB-bedrijven met ten hoogste 25 werknemers tegemoet door deze bedrijven vrij te stellen van het vereiste om de werkwijze op schrift te stellen. Dit leidt tevens tot een beperking van de administratieve lasten van het wetsvoorstel voor een groot aantal bedrijven. Wel zal in het kader van de handhaving aan deze bedrijven als eis tot naleving de verplichting kunnen worden opgelegd om de werkwijze alsnog op schrift te stellen. Zie hiervoor paragraaf III Handhaving en sancties.

IV.f. Internetconsultatie³³

Op de internetconsultatie zijn 59 reacties binnengekomen. Daarvan zijn 9 afkomstig van landelijke organisaties. Deze reacties worden hieronder besproken, dan wel in indien zij afkomstig zijn van sociale partners, in paragraaf IV.a. De reactie van de ATR wordt besproken in paragraaf IV.c. De reactie van het Collega voor de Rechten van de Mens, die niet via internet is aangeboden, wordt hieronder separaat besproken. Van de overige 50 reacties wordt een totaalbeeld geschetst.

Het College ziet het als een belangrijke stap dat werkgevers en intermediairs verplicht worden om beleid te ontwikkelen om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan. Om bij te dragen aan de internalisering van de norm van werven en selecteren waarbij discriminatie wordt voorkomen bij werkgevers en intermediairs en om te voorkomen dat het opstellen van een werkwijze tot een papieren exercitie verwordt, adviseert

³³ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

het College om inhoudelijke standaarden aan te geven waaraan de werkwijze moet voldoen. De regering is van mening dat een goede balans tussen enerzijds de wens om het voor werkgevers mogelijk te maken om bij het opstellen van een werkwijze zo goed mogelijk aan te sluiten bij wat in de praktijk van hun bedrijf werkbaar en toepasbaar is en anderzijds het standaardiseren van normen van belang is. Daarom is ervoor gekozen om de werkgevers vrij te laten in het opstellen van de op schrift gestelde werkwijze, maar om wel voorlichting te geven over hulpmiddelen en processen waarmee het maken van verboden onderscheid kan worden voorkomen. In de memorie van toelichting is hier op diverse plekken aandacht aan geschonken. In de komende periode wordt verder onderzoek gedaan naar relevante methoden die werving en selectie zonder discriminatie ondersteunen. Voorts stelt het College voor dat de Inspectie SZW erop toeziet dat werkgevers en intermediairs hun werkwijze aanpassen als daar reden voor is en ook aangeeft wanneer aanpassing nodig is. Dit is een element dat in de handhaving tot uitdrukking zal komen; de Inspectie SZW zal als daar aanleiding voor is met de werkgever in gesprek gaan over de werkwijze en de wenselijkheid van actualisering. Tot slot moedigt het College de regering aan om voortgang te blijven maken met de overige onderdelen van het Actieplan arbeidsmarktdiscriminatie 2018–2021.

De KBO-PCOB vestigt de aandacht op de leeftijdsdiscriminatie en is er niet gerust op dat bij de handhaving van de wet leeftijdsdiscriminatie ten volle wordt onderkend en aangepakt. De regering wijst erop dat de aanpak van de discriminatie bij werving en selectie grondbreed is en dus ook alle vormen van leeftijdsdiscriminatie bevat. Andere aspecten van de positie van ouderen die de KBO-PCOB noemt, zoals ongunstige werkloosheidscijfers en het aantal ouderen in de WW en de bijstand, hebben de aandacht van de regering, maar vallen niet onder de reikwijdte van het onderhavige wetsvoorstel.

Het Nederlands Instituut voor Psychologen (NIP) is van mening dat het psychisch welzijn van mensen wordt aangetast door arbeidsdiscriminatie en dat het bewust of onbewust uitsluiten van mensen van werk door arbeidsmarktdiscriminatie daarom vanuit psychologisch oogpunt onaanvaardbaar is. De NIP bepleit het gebruik van betrouwbare en eerlijke testen die zijn beoordeeld door de Commissie Testaangelegenheden Nederland (COTAN) en adviseert om de toegang tot de Registerpsycholoog op te nemen in de Arbowet. De regering is het met het NIP eens dat arbeidsmarktdiscriminatie ook vanuit psychologisch oogpunt onaanvaardbaar is en vindt het van belang dat kwalitatief goede testen worden gebruikt. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is hier aandacht aan besteed. Het NIP wijst er terecht op dat het bij de vaststelling van de geschiktheid van een kandidaat niet alleen om kennis, inzicht en vaardigheden gaat, maar bijvoorbeeld ook om ambitie. Dit is in de memorie van toelichting beter tot uitdrukking gebracht. De Stichting Loonwijzer is voorstander van het wetsvoorstel. De Stichting vindt dat de inzet van handhaving door de Inspectie SZW een passende maatregel is om gelijke behandeling van mannen en vrouwen. De Stichting denkt niet dat met de beoogde handhaving capaciteit een discriminatievrije arbeidsmarkt kan worden bereikt, maar denkt dat wel belangrijke stappen kunnen worden gezet richting een arbeidsmarkt waarin discriminatie een minder grote rol speelt dan voorheen. De Stichting adviseert om ook de positie en werving van o.a. zelfstandigen onder de werkingssfeer van de wet te brengen. De Stichting is van mening dat het benutten van een arbocatalogus door kleine bedrijven niet bijdraagt aan bewustwording van de problematiek en gedragsaanpassing. De Nederlands Orde van Advocaten (NOvA) heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht om advies gevraagd en dit advies overgenomen. De NOvA

onderschrijft het streven dat werving en selectie discriminatievrij dienen te zijn. De NOvA heeft geen op- of aanmerkingen op de wetsartikelen. Wel acht men de administratieve lasten en regeldruk (te) laag ingeschat. De NOvA onderschrijft de doelstelling dat door de voorgenomen maatregelen die groepen in de maatschappij, die nu bij werving en selectie (bewust of onbewust) worden gediscrimineerd, meer kansen krijgen. Wel bestaat de vrees dat wanneer eenmaal een aantal geschikte kandidaten is geselecteerd, bij de uiteindelijke selectie toch zaken als geloof, leeftijd, geslacht, ras of chronische ziekte bewust of onbewust kunnen meewegen bij de uiteindelijke keuze. Dit roept twijfels op over de uiteindelijke effectiviteit. De regering is ervan overtuigd dat de bewustwording die ontstaat bij het opstellen van de werkwijze en ook door de voorlichting over het wetsvoorstel niet beperkt blijft tot het beginstadium van de wervings- en selectieprocedure, maar in vele gevallen ook effect zal hebben bij de uiteindelijke keuze tussen geschikte kandidaten.

De overige 50 reacties zijn met name afkomstig van particulieren en uiteenlopend van aard. Van deze reacties was iets meer dan een derde deel, namelijk 37%, negatief van toon. Voorzover deze mening concreet was toegelicht werd het wetsvoorstel als papierwerk beoordeeld en verwacht men geen tot weinig effect van de wet. Een aantal maal werden de administratieve lasten als negatief punt genoemd. De regering is er inmiddels toe over gegaan om de MKB-bedrijven met ten hoogste 25 werknemers vrij te stellen van de verplichting om de werkwijze op schrift te stellen. Dit leidt tevens tot een beperking van de administratieve lasten. Voorts was men van mening dat de werkgever vrij moet kunnen kiezen wie hij in dienst neemt en werd gesteld dat de overheid daar geen bemoeienis mee moet hebben. De regering hecht eraan op te merken dat het beleid erop gericht is dat de werving en selectie plaats zal vinden zonder verboden onderscheid, zodat ieder die zich voor de aangeboden functie geschikt vindt, zich uitgenodigd voelt om te solliciteren en kan rekenen op een selectieprocedure zonder vooroordelen en op basis van voor de functie relevante aspecten. De werkgever kan dus zelf beslissen wie hij in dienst neemt, maar is er daarbij wel aan gehouden dat hij bij de werving en selectie geen verboden onderscheid maakt. Ruim een kwart (27%) was positief over het wetsvoorstel; het wordt nodig gevonden om dit wetsvoorstel in te voeren. In drie gevallen werd wel getwijfeld aan de effectiviteit. De resterende reacties waren neutraal over het wetsvoorstel (15%) of hadden niet direct betrekking op het wetsvoorstel (21%). In die gevallen werden bijvoorbeeld persoonlijke ervaringen met discriminatie gedeeld of werd specifieke aandacht gevraagd voor bepaalde vormen van discriminatie, zoals leeftijdsdiscriminatie.

V Budgettaire gevolgen en regeldruk

De uitgaven voor dit wetsvoorstel zijn gedekt binnen de SZW-begroting. Met het voorliggende wetsvoorstel Wet toezicht voorkoming discriminatie bij werving en selectie krijgt de Inspectie SZW de bevoegdheid om toezicht te houden op het proces van werving en selectie. Voor dit specifieke onderdeel van toezicht is € 1 miljoen van het budget versterken handavingsketen gereserveerd. Daaraan wordt structureel € 0,5 miljoen toegevoegd vanuit het departementale handavingsbudget. Daarnaast is eenmalig € 1 miljoen extra beschikbaar voor nalevingscommunicatie om het bewustzijn van arbeidsmarktdiscriminatie te vergroten en om het toezicht daarop te ondersteunen.

De administratieve lasten (het voldoen aan informatieverplichtingen voortvloeiend uit wet- en regelgeving van de overheid) en de inhoudelijke nalevingskosten (de kosten voor het voldoen aan de inhoudelijke

verplichtingen zoals vastgelegd in wet- en regelgeving) vormen gezamenlijk de kosten die samenhangen met regeldruk. Het kabinet streeft ernaar de regeldruk voor burgers, bedrijven en professionals terug te dringen. Bij de voorbereiding van dit voorstel is nagegaan of sprake is van regeldrukeffecten.

In de eerste plaats zijn er de eenmalige kosten van kennisneming van de wettelijke verplichting om te beschikken over een op schrift gestelde werkwijze betreffende de werving en selectie van personeel. Aangenomen is dat een werkgever of andere professional in gemiddeld circa 10 minuten kennis kan nemen van deze wettelijke verplichting. Bij een uurtarief van € 54 leidt dit, uitgaande van 410.000 werkgevers, tot extra kosten van € 3,7 mln.

De administratieve last betreft daarnaast het op schrift stellen van de werkwijze. Bij de berekening van de kosten hiervan wordt ervan uitgegaan dat grotere bedrijven een personeelsafdeling hebben waar men reeds beschikt over een procedure voor de vervulling van vacatures en/of een stappenplan voor de werving en selectie van personeel. Deze bedrijven hoeven niet op een nulpunt te beginnen, maar zullen het staande beleid moeten toetsen op het risico dat bedoeld of onbedoeld verboden onderscheid wordt gemaakt en zo nodig aanpassen om dit verboden onderscheid te voorkomen en op schrift stellen. Voor kleinere MKB-bedrijven kan dit anders liggen en zal het ontwikkelen van een werkwijze een nieuwe activiteit zijn. Voor met name deze bedrijven zal het gunstig zijn als zij gebruik kunnen maken van een arbocatalogus. Een arbocatalogus is een door sociale partners in een branche of sector opgesteld document dat invulling geeft aan doelvoorschriften uit de Arbowetgeving. De Inspectie SZW toetst de toestandkoming van de arbocatalogi en beoordeelt onder andere of de voorgestelde maatregelen en voorzieningen invulling geven aan de genoemde voorschriften en of ze in overeenstemming zijn met de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening. Gebruik van een arbocatalogus vermindert de regeldruk voor bedrijven aanzienlijk. Vanuit de veronderstelling dat bedrijven met 26 tot 50 werknemers gebruik maken van een arbocatalogus en bedrijven met 50 of meer werknemers zelf de werkwijze opstellen kunnen de kosten als volgt berekend worden. Voor 15.000 bedrijven met 26 tot 50 werknemers dan wel intermediairs met minder dan 50 werknemers wordt bij gebruikmaking van een arbocatalogus gerekend met een tijdsduur van 1,5 uur à € 54 is € 1,2 miljoen. Voor de bedrijven met ten minste 50 werknemers zouden de totale kosten dan zijn: 15.000 bedrijven en 8 uur werk à € 54 is € 6,5 miljoen. Naast de hierboven genoemde incidentele kosten van € 3,7 miljoen zijn de structurele kosten van deze administratieve verplichtingen totaal € 1,2 mln. + € 6,5 mln = € 7,7 mln. Op dit moment zijn er 152 arbocatalogi die betrekking hebben op een breed scala aan sectoren en bedrijfstakken.

Werkgevers met in de regel ten hoogste 25 werknemers (380.000 werkgevers) dienen over een werkwijze te beschikken, maar hoeven deze niet op schrift te stellen. Omdat zij wel over een werkwijze dienen te beschikken is sprake van inhoudelijke nalevingskosten. Gerekend met een tijdsduur van 1 uur à € 54 komen deze kosten uit op € 20,5 miljoen. De wet bevat op twee punten een vergewisplicht. De werkgever die gebruikt maakt van geautomatiseerde systemen moet zich ervan vergewissen dat deze geen arbeidsmarktdiscriminatie met zich meebrengen. De regering is van mening dat wie een product, zoals een geautomatiseerd systeem aanschaft zich laat voorlichten over de werkwijze ervan en vooraf zal willen toetsen of het gebruikresultaat overeenkomt met zijn wensen en verwachtingen. De regering ziet in deze vergewisplicht geen extra administratieve last nu het gaat om de vrijwillige aanschaf van een product. Deze redenering geldt ook bij de inschakeling van een intermediair. Ook in dat geval zal men de kwaliteit van de intermediair en zijn dienstverlening, waaronder ook zijn werkwijze

kan worden gerekend, vooraf willen toetsen hetgeen gezien kan worden als een gebruikelijk onderdeel van de aanschaf van een dienst waartoe de wet overigens niet verplicht. De kosten van het verkrijgen van instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging acht de regering nihil. Het gaat hierbij om het voldoen aan het reeds bestaand recht van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (zie paragraaf II.e. van deze memorie van toelichting). De kosten van de vergewisplicht worden als zeer beperkt beschouwd. Deze kosten zijn er alleen voor werkgevers die daadwerkelijk gebruik maken van een intermediair en vergen een gering tijdsbeslag.

Indien een bedrijf of instelling beschikt over een personeelsafdeling die belast is met het begeleiden van de werving en selectie zullen de betrokken medewerkers geïnformeerd of geschoold moeten worden om een juiste toepassing van de wet te kunnen realiseren. Dit zijn in het algemeen de grotere bedrijven. Het ligt in de rede dat het kennisnemen en implementeren van gewijzigde regelgeving onderdeel uitmaakt van de primaire taken van het betrokken personeel en in die zin vallen binnen de reikwijdte van het bestaande budget bekostigd.

Indien daartoe aanleiding bestaat dient de werkwijze te worden aangepast. Stel dat eens in de drie jaar aanleiding bestaat om de werkwijze (gedeeltelijk) te herzien. De kosten op jaarbasis kunnen dan worden geraamd voor 15.000 bedrijven met minstens 50 werknemers op 0,33 maal 2 uur à € 54 is € 0,5 miljoen. Voor 15.000 bedrijven met 26 tot 50 werknemers, dan wel intermediairs met minder dan 50 werknemers die gebruik maken van een arbocatalogus gaat het dan om 0,33 maal 1 uur à € 54 is € 0,3 miljoen. In totaal bedragen de kosten van aanpassing € 0,8 miljoen structureel per jaar.

De kosten voor (potentiële) sollicitanten bestaan uit het desgewenst opvragen van de werkwijze van het bedrijf dat een vacature aanbiedt. De kosten hiervan worden als nihil beschouwd.

VI Evaluatie

Binnen 5 jaar na inwerkingtreding van (artikel I, onderdeel B, van) deze wet zal een evaluatieverslag worden aangeboden aan de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal. Belangrijk onderdeel van de evaluatie is de vraag hoe werkgevers vormgeven aan het op schrift stellen van een werkwijze voor werving en selectie waarmee discriminatie wordt voorkomen en gelijke kansen worden gecreëerd en hoe deze tot stand is gekomen. Voorts zal worden nagegaan hoe deze in de praktijk wordt benut en of de toepassing ervan heeft geleid tot een sollicitatieprocedure waarin verboden onderscheid en vooroordelen geen rol meer spelen. Nadrukkelijk zal ook bekeken worden in welke mate de bedrijven met ten hoogste 25 werknemers voor welke het vereiste om de werkwijze op schrift te stellen niet geldt een werkwijze kennen die gericht is op de bevordering van het voorkomen van onderscheid bij werving en selectie. Andere punten die aan de orde komen zijn onder meer de toepassing en resultaten van de vergewisplicht en de resultaten van het toezicht op de wet door de Inspectie SZW. Tot slot zal aandacht worden besteed aan de vraag of er redenen zijn om ook opdrachtverlening aan zelfstandigen onder de werkingssfeer van de wet te brengen. Dat zou bijvoorbeeld wenselijk kunnen zijn als het wetsvoorstel ertoe leidt dat men opdrachten aan zelfstandigen gaat verlenen om de vereisten van deze wet te ontlopen.

TNO heeft een onderzoek gedaan naar de bekendheid onder werkgevers van het voornemen om voor werkgevers een verplichting in te voeren om te beschikken over een werkwijze voor de werving en selectie van personeel en deze toe te passen en naar de vraag of werkgevers nu al maatregelen treffen die aansluiten op de voorgenomen wettelijke

verplichting.³⁴ Dit onderzoek kan worden beschouwd als een 0-nulmeting ten behoeve van de evaluatie binnen 5 jaar na inwerkingtreding.

VII Inwerkingtreding

Inwerkingtreding van een nieuw wettelijk regime om arbeidsdiscriminatie tegen te gaan is een belangrijk gegeven. De inwerkingtreding van de wet is voorzien op een moment dat ligt negen maanden na de publicatie van de wet. Deze termijn is bedoeld om werkgevers en intermediairs voldoende tijd te geven om een werkwijze voor werving en selectie waarmee discriminatie wordt voorkomen op schrift te stellen en voor te leggen aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Een termijn van negen maanden wordt daarvoor ruim genoeg geacht.

Artikelsgewijze toelichting

Artikel I, onderdeel A

In artikel 1 van de Arbowet zijn de definities opgenomen voor deze wet en de daarop berustende bepalingen. Aan dit artikel wordt een nieuwe definitie toegevoegd, namelijk die van arbeidsmarktdiscriminatie.

In de definitie van arbeidsmarktdiscriminatie wordt de terminologie van verboden onderscheid zoals bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving geïncorporeerd. Het gaat dan om verboden onderscheid als omschreven in de Algemene wet gelijke behandeling, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen.

In de definitie van arbeidsmarktdiscriminatie wordt geëxpliciteerd dat het gaat om verboden onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap, chronische ziekte of leeftijd. Binnen de gelijkbehandelingswetgeving valt zwangerschap onder de beschermingsgrond geslacht. In de Algemene wet gelijke behandeling is verder uitdrukkelijk geregeld dat onder onderscheid op grond van geslacht mede wordt verstaan onderscheid op grond van geslachtskenmerken, genderidentiteit en genderexpressie.

Verboden onderscheid kan zowel direct als indirect onderscheid betreffen. Daarbij wordt verwezen naar de bovenvermelde gelijkebehandelingswetten. Van direct onderscheid is sprake als een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op voormelde gronden. Indirect onderscheid doet zich voor indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een bepaalde godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap, chronische ziekte of leeftijd in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Niet alle vormen van onderscheid zijn verboden. Van verboden onderscheid is geen sprake indien zich een uitzondering voordoet als bedoeld in de gelijke behandelingswetgeving. Daarbij wordt bijvoorbeeld gewezen op artikel 2 van de Algemene wet gelijke behandeling, artikel 3 van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, artikel 7 van de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid en artikel 5 van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Als geen sprake is van verboden onderscheid in de zin van die wetten is ook geen sprake van arbeidsmarktdiscriminatie in de zin van dit wetsvoorstel.

³⁴ TNO (2019); Arbeidsmarktdiscriminatie: inzicht in de risico's in het recruitmentproces en hoe je deze risico's verkleint.

Artikel 1, onderdeel B

In de Arbowet wordt een nieuw hoofdstuk 1a ingevoegd. Dit hoofdstuk staat los van de hoofdstukken in de Arbowet die specifiek gaan over het arbeidsomstandighedenbeleid en de uitvoering ervan, te weten de hoofdstukken 2 tot en met 4 en 6, in de zin dat de daarin opgenomen voorschriften niet ook gelden voor het beleid ter voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie. Het nieuwe hoofdstuk is uitputtend geregeld.

Artikel 2a

De werkgever die personeel werft of selecteert, gaat uit van het beginsel dat alle personen gelijk worden behandeld. Dat moet zijn terug te zien in zijn werkwijze. De werkwijze blijkt uit de (consistente) manier waarop de werkgever te werk gaat bij werving en selectie van personeel en komt tot uiting in (gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening doeltreffende) maatregelen die hij daarbij neemt ter bevordering van gelijke behandeling. Voor de toezichthouder zijn de inzichten vanuit de wetenschap en professionele dienstverlening een kader aan de hand waarvan hij de werkwijze en maatregelen van de werkgever op hun doeltreffendheid kan beoordelen. De werkwijze moet ervan getuigen dat de werkgever zich bewust is van het risico van het maken van direct en indirect onderscheid en van de hoedanigheid van deze risico's: waar zit dit risico in, hoe ontstaat het en hoe kan het voorkomen worden. De werkwijze is het meest effectief als deze zich richt op de specifieke situatie van de werkgever.

Een van de maatregelen die de werkgever moet nemen is dat de werknemer die bij de aanbieding en vervulling van openstaande betrekkingen inhoudelijk betrokken is, wordt geïnformeerd over de risico's op arbeidsmarktdiscriminatie en over de maatregelen van de werkgever die erop zijn gericht om dit te voorkomen. Hierbij kan gedacht worden aan HR-personeel, maar ook aan degenen die vanuit hun positie of functie bij de werving en selectie betrokken zijn, zoals leidinggevenden en hun plaatsvervangers die een actieve rol spelen bij de aanname van personeel. Hierbij kan bijvoorbeeld gebruik gemaakt worden van de bestaande digitale voorlichtingsmaterialen van het College en Diversiteit in Bedrijf. Ook als een werkgever de werving en selectie volledig uit handen geeft, wordt van hem verlangd dat hij daarbij een werkwijze laat zien die is gericht op een gelijke behandeling van personen. Relevant is dan dat de werkgever zich ervan heeft vergewist dat de ander een juiste werkwijze heeft, en deze «vergewisplicht» in zijn organisatie heeft ingebed met maatregelen die (gelet op de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening) doeltreffend zijn (zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 2b).

Als de daarmee opgedane ervaring of de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening daartoe aanleiding geeft, past de werkgever de werkwijze en de maatregelen aan. Daarbij geldt voor deze beide situaties (dat wil zeggen: de situatie waarin de daarmee opgedane ervaring daartoe aanleiding geeft en de situatie waarin de stand van de wetenschap en professionele dienstverlening daartoe aanleiding geeft) een zelfstandige verplichting. Met andere woorden: deze situaties hoeven zich niet beide gelijktijdig voor te doen, om te nopen tot aanpassing van de werkwijze en de maatregelen. Aldus wordt voorkomen dat de werkwijze een eenmalige activiteit blijft en worden binnen de onderneming of organisatie de kennis over en bewustwording van het vereiste van werving en selectie zonder discriminatie bevorderd. Aan iedereen, van werknemers tot sollicitanten, maakt de werkwijze inzichtelijk hoe de werving en selectie dient plaats te vinden en verboden onderscheid voorkomen kan worden. De werkgever moet ervoor zorgen

dat iedereen kennis kan nemen van de werkwijze. De werkgever kan hiervoor bijvoorbeeld zorgdragen door de werkwijze te publiceren op zijn website.

De werkwijze heeft betrekking op de aanbidding van een betrekking en de behandeling bij de vervulling van een openstaande betrekking. Expliciet wordt geregeld dat een stage die onderdeel uitmaakt van een onderwijsprogramma ook onder het begrip betrekking valt. Dit sluit aan bij de reikwijdte van de Arbowet, die onverkort voor stagiaires geldt.

Ter bevordering van de bewustwording op gelijke behandeling en omwille van de transparantie geldt als vereiste dat de werkgever de werkwijze schriftelijk vastlegt. Van de kant van werkgevers op het conceptwetsvoorstel is echter opgemerkt dat het schriftelijk vastleggen te veel een administratieve last is. De regering heeft overwogen dat het schriftelijk vastleggen voor kleine bedrijven (met in de regel ten hoogste 25 werknemers) een relatief grote opgave is om doelmatig te kunnen zijn. Dit vereiste geldt daarom niet voor deze kleine bedrijven. Indien het vermoeden bestaat dat een klein bedrijf niet beschikt over een werkwijze gericht op gelijke behandeling, kan de toezichthouder als eis tot naleving stellen dat de werkwijze alsnog op schrift wordt gesteld (zie verder bij artikel I, onderdeel c).

Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld over de werkwijze. Daarbij wordt met name gedacht aan de uitwerking van elementen die vereist zijn in de werkwijze. Dit kan ook aan de orde zijn als op grond van de evaluatie wordt geconcludeerd dat praktijkervaringen aanleiding geven tot een verdere invulling van de werkwijze.

Artikel 2b

De werkgever kan de werving en selectie geheel of gedeeltelijk uitbesteden aan een intermediair of personeel inlenen van een intermediair. In dat geval zal hij zich ervan moeten vergewissen dat die intermediair overeenkomstig de gelijke behandelingswetgeving te werk gaat. Hij kan dit doen door de op schrift gestelde werkwijze van de intermediair op te vragen om te bezien of de intermediair voldoende doet om arbeidsmarktdiscriminatie te voorkomen. Ook wordt van de werkgever verwacht dat hij controleert of de intermediair niet voorkomt in de openbaar gemaakte gegevens die door toezicht op naleving verkregen zijn en betrekking hebben op de artikelen die zien op de voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie (zie ook de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen I, onderdeel E, III, en II, onderdelen H en I). Als de werkgever bij de aanbidding of vervulling van openstaande betrekkingen gebruik maakt van geautomatiseerde systemen, vergewist hij zich ervan dat de uitkomsten daarvan voor zover hij dat redelijkerwijs kan beoordelen geen arbeidsmarktdiscriminatie met zich brengen. Dit kan hij doen door de input, bijvoorbeeld alle sollicitanten die zich hebben gemeld voor een betrekking, en de output, de sollicitanten die zijn geselecteerd voor een sollicitatiegesprek, met elkaar te vergelijken. De vergewisplicht is neergelegd in artikel 2b, eerste en tweede lid.

In artikel 2a, tweede lid, onderdeel b, is bepaald dat de werkgever maatregelen neemt om te voldoen aan de vergewisplicht. Daarnaast is de werkgever op grond van artikel 2b, derde lid, verplicht om in een concreet geval waarin hij een intermediair inschakelt of gebruik maakt van geautomatiseerde systemen een document in de administratie op te nemen waaruit blijkt dat hij heeft voldaan aan de vergewisplicht. Dit kan hij bijvoorbeeld doen door de werkwijze van de intermediair of correspondentie daarover te archiveren. In het geval van geautomatiseerde systemen kan hij vermelden wat de input en output bij het gebruik van de geautomatiseerde systemen is geweest, en op grond waarvan hij heeft geconcludeerd dat daarbij geen arbeidsdiscriminatie heeft plaatsge-

vonden. Dergelijke documenten moet de werkgever gedurende ten minste drie jaar bewaren na het einde van het kalenderjaar waarin de werkzaamheden van de ander zijn beëindigd of het gebruik van geautomatiseerde systemen is beëindigd. Voor deze documentatieplicht geldt – evenals voor de verplichting tot het schriftelijk vastleggen van de werkwijze – dat kleine bedrijven (met in de regel ten hoogste 25 werknemers) hiervan zijn vrijgesteld. Wanneer de kleine werkgever via een eis tot naleving tot het opstellen van een document ter illustratie van zijn vergewisplicht is gehouden, geldt ook voor hem dat hij het document ten minste drie jaar bewaart in zijn administratie.

Tot slot

De Inspectie SZW ziet toe op de naleving van in hoofdstuk 1a opgenomen verplichtingen. De Inspectie SZW legt een bestuurlijke boete op voor zover het niet naleven van een verplichting is aangemerkt als overtreding. In artikel 34 van de Arbowet is verder bepaald op welke wijze de hoogte van de bestuurlijke boete wordt vastgesteld. De daadwerkelijk op te leggen boetebedragen voor overtredingen van de wet worden vastgesteld in de beleidsregels boeteoplegging Arbowet en de beleidsregel boeteoplegging Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs. Om tot het verhogen van de bestuurlijke boete te komen, zal op grond van artikel 34 van de Arbowet in een algemene maatregel van bestuur worden aangewezen wanneer sprake is van soortgelijke verplichtingen en verboden. Voor wat betreft de Waadi voorziet artikel 19 van die wet hierin.

Daarnaast staat voor personen die discriminatie hebben ervaren in de wervings- en selectieprocedure de weg naar de civiele rechter open. In de civiele procedure staat – anders dan in de bestuursrechtelijke – de vraag naar de onrechtmatigheid van de vermeende gedraging/handeling door de werkgever jegens de ander centraal, en kan door de benadeelde bijvoorbeeld een vergoeding van schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden, worden gevraagd. Voor de gelijke behandelingswetgeving geldt dat wanneer door de verzoeker in de procedure feiten zijn aangevoerd die discriminatie doen vermoeden, de verweerder het tegendeel moet aantonen. Het niet voldoen aan de verplichting om een werkwijze te hebben kan naar de mening van de regering dan als een van de feiten in het feitencomplex, bijdragen aan het vermoeden van discriminatie.

Artikel 1, onderdeel C

Artikel 27 van de Arbowet betreft de eis tot naleving. Een inspecteur kan aan een werkgever een eis tot naleving stellen betreffende de wijze waarop een of meer wettelijke bepalingen moeten worden nageleefd. In de schriftelijke eis tot naleving geeft de inspecteur zowel aan welke maatregelen moeten worden genomen om de overtreding op te heffen, als binnen welke termijn de overtreding moet zijn opgeheven. Wat betreft de eerdergenoemde kleine werkgever (met in de regel ten hoogste 25 werknemers) kan het nodig zijn – bij het vermoeden dat hij niet beschikt over een werkwijze die gericht is op gelijke behandeling – de werkwijze op papier te zien. De Inspectie kan dan een schriftelijke werkwijze als eis tot naleving stellen. Dit beleidsmatig document eist voor de toekomst dat een werkgever wetsconform handelt.

Na verloop van tijd controleert de inspecteur of de overtreding naar behoren is opgeheven. Is dat niet het geval, dan maakt de inspecteur een boeterapport op. Door de voorgestelde artikelen 2a (werkwijze werving en selectie) en 2b (vergewisplicht) toe te voegen aan artikel 27, vijfde lid, van de Arbowet kan een inspecteur aan werkgever een eis tot naleving stellen betreffende de wijze waarop die bepalingen of de daarop gebaseerde

bepalingen moeten worden nageleefd. De eis tot naleving kan niet worden gesteld aan de ander als bedoeld in artikel 2b, eerste lid, van de Arbowet, oftewel de intermediair.

Artikelen I, onderdeel D, en II, onderdeel E

De artikelen 29a van de Arbowet en 14a van de Waadi bevatten een regeling voor de gegevensuitwisseling, uit eigen beweging en verplicht, tussen het Ministerie van SZW en de aangewezen toezichthouders op de Arbowet en de Waadi enerzijds en andere bestuursorganen, met inbegrip van de onder deze bestuursorganen ressorterende toezichthouders, en certificerende instellingen die belast zijn met de uitvoering van wettelijke taken anderzijds. Het gaat dan om uitwisseling van signalen van niet naleving van de wetgeving. De Inspectie SZW gebruikt deze signalen voor de risico-analyse. Met deze bepalingen wordt primair een verhoging van de effectiviteit en efficiency van de risicogerichte werkwijze van de handhaving van de Arbowet en de Waadi nagestreefd.

In het kader van de voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bieden de artikelen 29a van de Arbowet en 14a van de Waadi al een grondslag om gegevens uit te wisselen met bestuursorganen zoals het College en antidiscriminatievoorzieningen. Om het toezicht op de voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie nog effectiever en efficiënter te laten verlopen, wordt de regeling in de artikelen 29a van de Arbowet en 14a van de Waadi uitgebreid. Hierdoor wordt ook gegevensuitwisseling mogelijk met andere organisaties die bij algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen voor zover dat noodzakelijk is voor de uitvoering van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen taak. Specifiek wordt gedacht aan gegevensuitwisseling met de stichting Samenwerkingsorganisatie Beroepsonderwijs Bedrijfsleven en de meldpunten van de ABU en de NBBU. Daarbij geldt wel als voorwaarde dat de gegevens die met deze andere organisaties worden uitgewisseld, gepseudonimiseerd zijn. Dit betekent dat sprake is van het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld (artikel 4, onderdeel 5, van de Algemene verordening gegevensbescherming). Met behulp van de informatie die wordt verstrekt door andere organisaties zal de Inspectie SZW een betere inschatting kunnen maken van de nalevingrisico's en haar controles daarop kunnen aanpassen.

Artikelen I, onderdeel E, en III

In de Wet aanpak schijnconstructies (Stb. 2015, 233) is een wijziging van de Arbowet opgenomen die inhoudt dat een artikel 29b wordt ingevoegd (artikel V, onderdeel A, van die wet). Dit artikel creëert een wettelijke basis in de Arbowet om door toezicht op naleving verkregen gegevens openbaar te maken. Het overgrote deel van de artikelen van de Wet aanpak schijnconstructies is in werking getreden met ingang van 1 juli 2015 (Stb. 2015, 234). Dit geldt niet voor artikel 29b. Daarbij is aangegeven dat dit artikel op een later moment in werking zal treden wanneer de nadere uitwerking van de wijze van openbaarmaking van besluiten en inspecties op grond van de Arbowet is geëffectueerd. Thans wordt in het kader van de evaluatie van de Wet aanpak schijnconstructies onder meer gekeken naar de inwerkingtreding van artikel 29b.

In afwachting daarvan wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld om een artikel 29c in te voegen dat specifiek betrekking heeft op de openbaarmaking van door toezicht op naleving verkregen gegevens die betrekking

hebben op de artikelen in de Arbowet die zien op de voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie. Artikel 29c is beperkt tot het openbaar maken van het feit dat een bestuurlijke boete is opgelegd wegens overtreding van artikel 2a en 2b van de Arbowet. Er is voor gekozen het stellen van een eis niet openbaar te maken. De regering acht openbaarmaking van een dergelijke herstelmaatregel in het kader van dit wetsvoorstel niet gepast, omdat verboden onderscheid vaak onbedoeld wordt gemaakt en de ervaring is dat in veel gevallen de werkgever welwillend is en binnen de termijn gehoor geeft aan de hem opgelegde eis. Openbaarmaking draagt dan niet bij aan de naleving van de wet. De voorgestelde transparantie dient meerdere doelen. De openbaarmaking is erop gericht de naleving van de artikelen 2a en 2b van de Arbowet te bevorderen, bij te dragen aan de legitimering van het handelen van de toezichthouder en transparantie te verschaffen over de wijze waarop dit toezicht plaatsvindt. Tevens wordt met het actief openbaar maken van bestuurlijke boeten beoogd om derden te informeren en waar nodig te waarschuwen omdat zij van de dienstverlening gebruik willen maken of daarbij als potentiële werknemer een belang hebben.

Omdat het niet alleen gaat om toezichthouders maar ook de ambtenaren van de Inspectie SZW die belast zijn met het opleggen van de boete, worden de daartoe aangewezen ambtenaren tevens genoemd in het eerste lid. Voorts worden ook ambtenaren die niet direct onder de Minister van SZW ressorteren maar wel belast kunnen worden met het toezicht op SZW-wetten benoemd als ambtenaren die worden aangewezen. Overigens zal in dat geval de openbaarmaking als zodanig via de Inspectie SZW lopen. Hierna wordt verder gesproken over openbaarmaking door de Inspectie SZW.

Op grond van het tweede lid maakt de Inspectie SZW geen gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdelen c en d, van de Wet openbaarheid van bestuur, openbaar. Met de verwijzing naar onderdeel c is expliciet bepaald dat bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld niet openbaar worden gemaakt. In onderdeel d is verder bepaald dat bijzondere categorieën van persoonsgegevens als bedoeld in artikel 9 van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), in beginsel niet openbaar worden gemaakt. Het besluit waarbij de boete is opgelegd wordt niet integraal openbaar gemaakt. De reden hiervoor is dat met integrale openbaarmaking van besluiten ook gegevens over anderen, zoals werknemers die in het onderzoek betrokken zijn, openbaar zouden worden. In het derde lid is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur nader wordt bepaald welke gegevens openbaar worden gemaakt. De gegevens omvatten in elk geval de naam van de werkgever of intermediair (breder: de normadressaat), de vestigingsplaats en de aard van de overtreding. Het gaat bij deze openbaarmaking over het verwerken van persoonsgegevens die noodzakelijk zijn voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen (artikel 6, eerste lid, onderdeel e, van de AVG). Bij de uitwerking van welke gegevens openbaar worden gemaakt zal het beginsel van proportionaliteit worden meegewogen. Tevens is bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur wordt geregeld voor welke termijn de gegevens openbaar worden gemaakt en waar de gegevens worden gepubliceerd. Ook kunnen gelet op het derde lid nadere regels worden gesteld met betrekking tot de mogelijkheid voor een belanghebbende om bij de openbaarmaking zijn reactie te laten publiceren. Dit is gelet op de zorgvuldigheid van belang. Immers, de openbaar te maken informatie kan belastend zijn voor betrokkene. Vanwege de effectiviteit is ervoor gekozen om boetes openbaar te maken voordat deze onherroepelijk zijn. Indien zou worden gewacht met het openbaar maken van opgelegde boetes totdat deze

onherroepelijk zijn geworden, kan het door de termijnen en afhandeling in bezwaar, beroep en hoger beroep jaren duren vóórdat openbaarmaking is toegestaan. Niet alleen zou daardoor de transparantie minder effectief worden, maar het zou bedrijven ook in staat stellen om langere tijd openbaarmaking uit te stellen. Op die manier kan pas na lange tijd kennis genomen worden van de informatie. Om tegemoet te komen aan de publicatie van gegevens over onherroepelijke boetes is in het vijfde lid bepaald dat bij het openbaar maken van de opgelegde boete tevens wordt vermeld of er een rechtsmiddel is ingesteld tegen deze boete dan wel dat daartoe een mogelijkheid bestaat. Met de vermelding dat nog rechtsmiddelen openstaan wordt rekening gehouden met de onschuldpresumptie die op grond van artikel 6 EVRM bij punitieve sancties in acht moet worden genomen.

De openbaarmaking is een besluit. Als een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar wordt gemaakt, maakt het besluit tot openbaarmaking onderdeel uit van dat besluit. In de praktijk komt dit op het volgende neer. Na afronding het opmaken van een boeterapport, wordt de afweging gemaakt of wordt overgegaan tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan een werkgever. Als daartoe inderdaad wordt besloten, wordt aan een werkgever het voornemen bekend gemaakt tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Ook de openbaarmaking gaat deel uitmaken van deze kennisgeving waarop de werkgever zijn zienswijze kan geven. Dat betekent dat een werkgever tegelijkertijd zijn zienswijze kan geven op het voornemen tot oplegging van een bestuurlijke boete en op het voornemen, indien de bestuurlijke boete wordt opgelegd, om deze opgelegde bestuurlijke boete openbaar te maken.

Indien wordt besloten een werkgever een bestuurlijke boete op te leggen, is in het vierde lid bepaald dat met de openbaarmaking van de oplegging van de maatregel wordt gewacht met 10 werkdagen. Een werkgever wordt in deze periode in de gelegenheid gesteld een voorlopige voorziening in te dienen. Als hij verzoekt om een voorlopige voorziening, wordt de publicatie van de aan hem opgelegde bestuurlijke boete opgeschort totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan. Dit laatste is bepaald in het zesde lid. De Inspectie SZW is zoals eerder aangegeven in beginsel verplicht de in het eerste lid bedoelde gegevens openbaar te maken. In het zevende lid is bepaald dat de openbaarmaking slechts dan achterwege blijft indien deze in strijd is of kan komen met de effectieve uitoefening van het toezicht.

Artikel I, onderdeel F

Een bezwaarschrift tegen een beschikking van een ambtenaar van de Inspectie SZW moet worden ingediend bij de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en niet bij de betrokken ambtenaar. De beslissingen van de Inspectie SZW worden namelijk altijd genomen namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Dit geldt ook voor een beslissing tot openbaarmaking van door toezicht op de naleving verkregen gegevens voorkoming arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie. Daarom wordt artikel 29c toegevoegd aan artikel 31, tweede lid, van de Arbowet.

Artikel II, onderdelen A en B

In artikel 1 van de Waadi zijn de begripsbepalingen opgenomen voor deze wet en de daarop berustende bepalingen.

In de eerste plaats wordt aan het eerste lid van artikel 1 een nieuwe begripsbepaling toegevoegd, namelijk die van arbeidsmarktdiscriminatie. Op dit punt wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij artikel I, onderdeel A.

In de tweede plaats wordt het tweede lid van artikel 1 geschrapt. Het tweede lid betreft een inperking van het begrip arbeidsbemiddeling. Daarbij ging het er destijds met name om dat het plaatsen van advertenties in communicatiemedia niet onder het begrip arbeidsbemiddeling zou moeten vallen (Kamerstukken II 1996/97, 25 264, nr. 3). Met dit wetsvoorstel wordt echter een grondslag in artikel 4, tweede lid, van de Waadi opgenomen (artikel II, onderdeel B). Deze grondslag biedt de mogelijkheid tot het stellen van specifieke regels, die recht doen aan een praktijk waarin (ook) onlinedienstverleners een rol spelen bij arbeidsbemiddeling. Mede aan de hand van verkennende inspecties van de Inspectie SZW bij onlineplatforms, vacaturewebsites en bemiddelingswebsites zal worden bepaald welke regels in dit verband bij algemene maatregel van bestuur gesteld moeten worden.

Artikel II, onderdelen C, D, J en K

In de Waadi worden een aantal artikelen ingevoegd die overeenkomen met het nieuwe hoofdstuk 1a van de Arbowet (artikel I, onderdeel B). De artikelen in de Waadi richten zich op enerzijds degenen die arbeidsbemiddeling verrichten en anderzijds degenen die arbeidskrachten ter beschikking stellen. Deze artikelen hebben betrekking op de wijze van arbeidsbemiddeling en van terbeschikkingstelling en dus op de wijze van dienstverlening. Dit is anders dan in hoofdstuk 1a van de Arbowet, waarin de artikelen betrekking hebben op de werving en selectie van (toekomstige) werknemers door de werkgever. Omdat het in beide gevallen echter gaat om de werving en selectie van personeel, worden dezelfde normen opgenomen in de Arbowet en in de Waadi. Voor een toelichting op die normen wordt verwezen naar de toelichting bij artikel I, onderdeel B. Daarnaast is geregeld dat, voor zover het de werkwijze en vergewisplicht betreft, het vaststellen van de geschiktheid van een werkzoekende door beoordeling van zijn kennis, inzicht en vaardigheden ook valt onder arbeidsbemiddeling en ter beschikking stellen van arbeidskrachten. Ook aspecten als motivatie en ambitie kunnen daarbij in beschouwing genomen worden. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan het uitvoeren van een assessment. Daarbij gelden de verplichtingen met betrekking tot de werkwijze en de vergewisplicht dus evenzeer. Een artikel 15d wordt in hoofdstuk 5 (Bestuursrechtelijke handhaving) toegevoegd om ook aan intermediairs een eis tot naleving te kunnen stellen. Artikel 27 Arbowet heeft daarvoor als voorbeeld gediend. Alleen voor zover voor het nieuw voorgestelde hoofdstuk 1a van de Arbowet (Voorkoming arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie) in artikel 27 toepassing vindt, zijn de bepalingen van artikel 27 Arbowet in de Waadi overgenomen. Dit betekent bijvoorbeeld dat het derde lid, tweede zin, en het vierde lid van artikel 27 niet bruikbaar zijn. De eis tot naleving is verder een beschikking. Hiervoor gelden de relevante bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht, zoals de hoorplicht voor de toezichthouder en het motiveringsbeginsel, en de bepalingen rond bezwaar en beroep. Verder wordt aan artikel 16 van de Waadi toegevoegd dat het niet-naleven van de desbetreffende verplichtingen wordt aangemerkt als een overtreding (vgl. artikel I, onderdeel B). Dit laatste hangt samen met de structuur van de Waadi, waarin de overtredingen van de wet in een apart artikel – artikel 16 van de Waadi – zijn opgenomen. De Inspectie SZW ziet toe op de naleving van de opgenomen verplichtingen. De artikelen en artikelonderdelen die volgens het tweede lid van artikel 16 worden aangemerkt als overtreding voor zover dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur is bepaald, komen overeen met de in artikel 7b genoemde bepalingen, waaraan toegevoegd is artikel 7b. De Inspectie SZW legt een bestuurlijke boete op voor zover het niet naleven van een verplichting is aangemerkt als overtreding (artikel 18 van de Waadi). In artikel 19 van de Waadi is verder bepaald op welke wijze de hoogte van de

bestuurlijke boete wordt vastgesteld. Om tot het verhogen van de bestuurlijke boete te komen, zal op grond van artikel 19 van de Waadi in een algemene maatregel van bestuur worden aangewezen wanneer sprake is van soortgelijke verplichtingen en verboden.

Artikel II, onderdeel G

Artikel 14b, eerste lid, voorziet erin dat de ambtenaren die werkzaam zijn bij de Inspectie SZW aan een erkende certificerende instelling het gegeven verstrekken dat een bestuurlijke boete is opgelegd voor het niet naleven van een aantal specifieke voorschriften. Deze bepaling wordt uitgebreid met de bestuurlijke boeten voor het niet naleven van de nieuwe artikelen 4a, 5, 12b en 12c. Op grond van artikel 14b, eerste lid, mag alleen het gegeven dat een bestuurlijke boete is opgelegd, worden verstrekt aan een erkende certificerende instelling. Artikel 14, vierde lid, bevat in aanvulling hierop nog een beperking. De te verstrekken gegevens dienen betrekking te hebben op een onderneming of een rechtspersoon die beschikt over een geldig certificaat dat door een erkende certificerende instelling is afgegeven. Daarnaast voorziet artikel 14, vijfde lid, erin dat de gegevens verstrekt worden door tussenkomst van een bij regeling van de Minister van SZW in overeenstemming met de Minister van Financiën aan te wijzen stichting die die verwerker is voor het verwerken van die gegevens.

Artikel II, onderdelen H en I

Artikel 15b van de Waadi bevat een wettelijke basis om door toezicht op naleving op de Waadi verkregen gegevens openbaar te maken. Thans wordt in het kader van de evaluatie van de Wet aanpak schijnconstructies onder meer gekeken naar artikel 15b van de Waadi. In afwachting daarvan wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld om een artikel 15c in te voegen dat specifiek betrekking heeft op de openbaarmaking van door toezicht op naleving verkregen gegevens die betrekking hebben op de artikelen in de Waadi die zien op de voorkoming van arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie. Artikel 15b is, overeenkomstig artikel 29c van de Arbowet, beperkt tot het openbaar maken van het feit dat een bestuurlijke boete is opgelegd wegens overtreding van artikel 4a, 5, 12b en 12c van de Waadi. Voor het overige wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting bij de artikelen I, onderdeel E, en III. Daarbij wordt nog opgemerkt dat in hoofdstuk 3a van het Besluit allocatie arbeidskrachten door intermediairs al een regeling voor openbaarmaking van inspectiegegevens is opgenomen, gebaseerd op artikel 15b van de Waadi. Die regeling zal op grond van artikel 15c, derde lid, worden uitgebreid.

Artikel IV

In de evaluatie van de wet worden de doeltreffendheid en effecten van de wet na inwerkingtreding beoordeeld. Het wetsvoorstel geeft echter de mogelijkheid dat de verschillende onderdelen van de wet op verschillende momenten in werking treden, en daarom is de precieze start van de vijfjaarstermijn in de evaluatiebepaling gekoppeld aan de inwerkingtreding van het voorgestelde hoofdstuk 1a in de Arbowet. Verwezen wordt verder naar paragraaf VI (Evaluatie) van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel V

Er is gekozen voor een flexibele inwerkingtreding, zodat het mogelijk is om verschillende onderdelen op verschillende momenten in werking te laten treden indien bij de nadere uitwerking blijkt dat dit nodig is. Zo zal, bijvoorbeeld, het moment van inwerkingtreding van de bepalingen met

betrekking tot openbaarmaking samenhangen met de uitkomsten van de evaluatie van de Wet aanpak schijnconstructies (zie ook artikelen I, onderdeel E, en II, onderdeel F).

Uitgangspunt is dat de termijn tussen de publicatiedatum van de wet en het tijdstip van inwerkingtreding minimaal negen maanden bedraagt. Deze termijn is bedoeld om werkgevers en intermediairs voldoende tijd te geven om een werkwijze voor werving en selectie waarmee discriminatie wordt voorkomen op te stellen en, voor zover van toepassing, voor te leggen aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging.

De Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
B. van 't Wout