Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2022–2023

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. 10 **ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 21 september 2022 en het nader rapport d.d. 19 december 2022, aangeboden aan de Koning door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 7 juli 2022, nr. 2020001361, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een nota van wijziging rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 september 2022, nr. W12.22.0116/III, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder cursief aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 7 juli 2022, no.2020001361, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het nota van wijziging bij het voorstel van wet tot wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs in verband met de invoering van de verplichting om over een werkwijze te beschikken die gericht is op het creëren van gelijke kansen in het proces van werving en selectie en het toezicht daarop (Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie), met toelichting.

De nota van wijziging verplicht intermediairs tot het melden van verzoeken die tot arbeidsdiscriminatie leiden. Ook moeten intermediairs een procedure hebben hoe met dergelijke verzoeken van opdrachtgevers om te gaan en deze toepassen. De Arbeidsinspectie ziet toe op de naleving hiervan. De meldingen worden door de Arbeidsinspectie gebruikt in het kader van de handhaving van de verplichte werkwijze, zoals voorzien in het wetsvoorstel.

kst-35673-10
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2022

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft het belang van het tegengaan van discriminatie bij de werving en selectie op de arbeidsmarkt en het vergroten van de bewustwording daarvan. Ook bij verzoeken van opdrachtgevers aan intermediairs speelt deze problematiek. Dat neemt niet weg dat de invoering van een meldplicht voor intermediairs voldoende moet toevoegen aan reeds bestaande of voorgestelde wetgeving. Dit is in de toelichting onvoldoende gemotiveerd.
In dit verband merkt de Afdeling op dat de voorgestelde meldplicht voor intermediairs die betrekking heeft op individuele gevallen zich niet goed verhoudt tot de aanpak van het wetsvoorstel, dat zich richt op het voeren van een algemeen beleid door werkgevers en intermediairs. Ook de effectiviteit van de meldplicht is twijfelachtig. Indien vooral een normbevestigende werking wordt beoogd, dient dit te worden gemotiveerd. Ten slotte geeft de toelichting geen indicatie van de omvang van de uitvoeringslasten van de Arbeidsinspectie.

In verband met deze opmerkingen dient de nota van wijziging nader te worden overwogen.

1. Achtergrond en inhoud van de nota van wijziging

Het wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie voorziet in een verplichting voor werkgevers en intermediairs om over een werkwijze te beschikken die gericht is op het voorkomen van arbeidsdiscriminatie bij werving en selectie.[1] Met deze aansporing moet de maatschappelijke norm dat werving- en selectieprocedures eerlijk en zonder discriminatie verlopen, op doelmatige en doeltreffende wijze worden ondersteund en versterkt. Volgens de toelichting stimuleert het gebruik van een op schrift gestelde werkwijze meer transparantie, bewust gedrag en weloverwogen keuzes.[2]

Zoals de toelichting op het wetsvoorstel vermeldt, is het beginsel van gelijke behandeling onder meer verankerd in artikel 1 van de Grondwet en in de gelijke behandelingswetgeving.[3] Burgers die discriminatie ervaren, kunnen onder meer terecht bij het College voor de Rechten van de Mens, de Nationale ombudsman en de civiele rechter om daarover een oordeel te krijgen. Hoewel werkgevers en intermediairs daarmee al gehouden zijn niet te discrimineren bij werving en selectie, wil het wetsvoorstel in aanvulling hierop gelijke kansen voor iedereen bevorderen door hen te verplichten om over beleid te beschikken dat arbeidsdiscriminatie voorkomt en dit beleid ook uit te voeren.

De nota van wijziging voegt aan het wetsvoorstel een plicht voor intermediairs toe om verzoeken die tot arbeidsmarktdiscriminatie leiden, te melden bij de Arbeidsinspectie.[4] De intermediairs moeten tevens over een procedure beschikken hoe om te gaan met zulke discriminerende verzoeken, en deze procedure daadwerkelijk toepassen. Bij of krachtens amvb worden regels gesteld over de inhoud van die procedure, de voorwaarden waaronder en de termijn waarbinnen tot melding wordt overgegaan. Deze procedure is een maatregel die nadere invulling geeft aan de verplichte werkwijze zoals bedoeld in het wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie.[5]

---

[1] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 2.
[2] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 3, p. 6.
[3] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 3, p. 3.
[4] Deze meldplicht wordt geregeld in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).
[5] Zie voorgesteld artikel 5a en artikel 12ca Waadi.

Uit de toelichting blijkt dat de intermediair verzoeken en opdrachten van opdrachtgevers die naar het oordeel van de intermediair discriminerend (kunnen) zijn niet in behandeling dient te nemen, maar daarover eerst in gesprek moet gaan. Wanneer hierna het vermoeden van discriminatie blijft bestaan, dient dit gemeld te worden bij de Arbeidsinspectie. De intermediair kan echter, gezien de aard van het verzoek, ook besluiten direct tot melding over te gaan.[6] De Arbeidsinspectie ziet er op toe dat intermediairs over een procedure in verband met de meldplicht beschikken en die procedure daadwerkelijk uitvoeren.

Aanleiding voor deze nota van wijziging zijn aangenomen moties van de Tweede Kamer en het coalitieakkoord.[7] De invoering van een meldplicht voor intermediairs heeft tot doel het verder tegengaan en voorkomen van discriminerende verzoeken van opdrachtgevers (zowel inleners als aanbieders). Volgens de toelichting heeft een meldplicht meerwaarde ten opzichte van het wetsvoorstel vanwege de specifieke rol die intermediairs kunnen spelen bij arbeidsbemiddeling, het herkennen van discriminatie en het daarover in gesprek gaan. Dit zou bijdragen aan bewustwording en het voorkomen van (onbewuste) vooroordelen. Ook zou de meldplicht preventieve werking hebben naar opdrachtgevers en bijdragen aan effectieve handhaving.[8]

Na het ontvangen van een melding door de intermediair kan de Arbeidsinspectie als toezichthouder onderzoek doen naar het bestaan en de toepassing van de verplichte werkwijze bij de opdrachtgever, zoals wordt voorzien in het wetsvoorstel.[9] Dit kan leiden tot een eis tot naleving en bij het niet opvolgen daarvan tot een boete. Omdat de meldprocedure erop gericht is dat de intermediair eerst zelf het gesprek aangaat over een discriminatoir verzoek, wordt slechts een beperkt aantal meldingen bij de Arbeidsinspectie verwacht, aldus de toelichting. De Arbeidsinspectie heeft de intentie om naar aanleiding van elke ontvangen melding onderzoek te doen.[10]

2. Verhouding tot gelijkebehandelingswetgeving en het wetsvoorstel

a. Toegevoegde waarde

De Afdeling onderschrijft het belang van het tegengaan van discriminatie bij de werving en selectie op de arbeidsmarkt en het vergroten van de bewustwording daarvan. Ook bij verzoeken van opdrachtgevers aan intermediairs speelt deze problematiek.

Dat neemt niet weg dat de invoering van een meldplicht voor intermediairs voldoende moet toevoegen aan reeds bestaande of voorgestelde wetgeving. In de toelichting wordt dat onvoldoende gemotiveerd.

In de huidige wetgeving zijn intermediairs reeds gehouden aan de gelijkebehandelingswetgeving, waaruit volgt dat zij discriminerende verzoeken niet in behandeling mogen nemen.[11] Ook heeft het College voor de Rechten van de Mens in zijn oordelenlijn reeds een zorgplicht ontwikkeld voor uitzendbureaus, waaruit volgt dat zij in gesprek moeten gaan met opdrachtgevers bij het vermoeden van verboden onderscheid.[12]

---

[6] Memorie van toelichting, paragraaf «Uitwerking».
[7] Kamerstukken II 2019/20, 25 883, nr. 355; Kamerstukken II 2019/20, 30 950, nr. 204; Coalitieakkoord, hoofdstuk 4.
[8] Memorie van toelichting, paragraaf «Aanleiding en doel».
[9] Memorie van toelichting, paragraaf «Handhavingstoets Nederlandse Arbeidsinspectie».
[10] Memorie van toelichting, paragraaf «Uitwerking».
[11] Op grond van artikel 5, eerste lid, onder b, van de Awgb.
[12] Zie consultatiereactie College voor de Rechten van de Mens, 14 april 2022.

Daarnaast hebben de intermediairs in de uitzendbranche zelf initiatieven genomen om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan.[13]

De toegevoegde waarde van de voorgestelde meldplicht ten opzichte van het bestaande wetsvoorstel is ook onduidelijk. Indien de verplichte werkwijze, zoals daarin voorgesteld, wordt toegepast door werkgevers en intermediairs en zij zich derhalve onthouden van discriminatie bij werving en selectie, dan is het de vraag of een aanvullende meldplicht voor intermediairs noodzakelijk is. Enerzijds brengt de werkwijze van de opdrachtgever immers al mee dat hij geen discriminerende verzoeken mag doen, terwijl anderzijds de werkwijze van de intermediair erin voorziet dat deze aan een desondanks gegeven discriminerende opdracht van een opdrachtgever niet zal mogen voldoen.

De Afdeling merkt op dat de meldplicht wellicht beoogt de wettelijke norm te ondersteunen door de positie van de intermediair tegenover de opdrachtgever te versterken, omdat de intermediair kan wijzen op de verplichting om discriminerende verzoeken te melden bij de Arbeidsinspectie. Ook een dergelijke, meer symbolische functie zou in de toelichting nader dienen te worden gemotiveerd.

Naast de meldplicht bevat de nota van wijziging ook een bepaling die de intermediair voorschrijft om te beschikken over een procedure hoe met discriminerende verzoeken wordt omgegaan.[14] *De Afdeling ziet wel dat de toegevoegde waarde van deze bepaling (en de uitwerking daarvan per amvb) mogelijk zou kunnen bestaan in het scheppen van duidelijkheid voor de medewerkers van uitzendbureaus over de wijze (procedure) waarop zij met discriminerende verzoeken dienen om te gaan.*

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling om in de toelichting de toegevoegde waarde van de voorgestelde meldplicht ten opzichte van de huidige wetgeving en het wetsvoorstel dragend te motiveren, en als dat niet mogelijk is de nota van wijziging te heroverwegen.

De regering is het met de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) eens dat nieuwe wetgeving voldoende moet toevoegen en voldoende gemotiveerd moet worden. De regering is van mening dat de meldplicht voor intermediairs van toegevoegde waarde is en aanvullend is op de voorgestelde wetgeving in het wetsvoorstel «Toezicht gelijke kansen bij werving en selectie». Discriminatie is verboden. Dit blijkt ook uit de gelijkebehandelingswetgeving. Tegelijkertijd is de praktijk dat discriminatie, ondanks het normenkader dat uit de gelijkebehandelingswetgeving voortvloeit, wel degelijk voorkomt, zowel bewust als onbewust.

Met de gekozen vormgeving is gezocht naar een instrument dat zowel voorziet in voorlichting en bewustwording als in een verplichting tot het melden van discriminerende verzoeken. Dit is naar mening van de regering een geschiktere invulling dan een meldproces op een vrijwillige of vrijblijvende basis waarbij ruimte resteert om niet aan de norm te voldoen en eveneens geschikter dan een directe meldplicht waarbij geen ruimte is voor het gesprek tussen de intermediair en de indiener van het verzoek.

Aanvullende maatregelen zijn dan ook nodig. Het wetsvoorstel waar deze nota van wijziging onderdeel van is, geeft werkgevers/inleners (de term werkgever wordt hierna gebruikt voor de inlener en niet de intermediair

[13] Voor een overzicht, zie onder meer Kamerstukken II 2020/21, 29 544, nr. 1033, paragraaf 2.2.
[14] Zie voorgesteld artikel 12ca lid 2 Waadi.

en intermediairs de verplichting te beschikken over een werkwijze voor werving en selectie en deze toe te passen. Hieruit moet blijken dat zij gelijke kansen bieden bij de werving en selectie van personeel.

De regering hoopt nadrukkelijk dat zowel werkgevers als intermediairs de werkwijze volledig uitvoeren en toepassen, maar schat de kans daarop dusdanig in dat dit niet in alle gevallen in de praktijk zo zal uitpakken. Discriminatie is al sinds lange tijd verboden middels de gelijkebehandelingswetgeving, maar uit onderzoek blijkt dat zowel bewust als onbewust sprake is van ongelijke kansen op de arbeidsmarkt. De meldplicht voor intermediairs en de verplichting om te beschikken over een procedure vormt een aanvulling op de vereisten die reeds volgen uit het wetsvoorstel. Deze aanvullende wetgeving geeft meer nadrukkelijk invulling aan de zorgplicht zoals ook door het College voor de Rechten van de Mens in zijn oordelenlijn ontwikkeld, uit deze zorgplicht volgt dat intermediairs in gesprek moeten gaan met opdrachtgevers bij het vermoeden van verboden onderscheid. Met de nota van wijziging wordt dit wettelijk vastgelegd. Dit is verduidelijkt in het algemeen deel van de toelichting onder paragraaf 1.

De Raad van State geeft aan dat intermediairs in de uitzendbranche zelf initiatieven genomen hebben om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan. Dat ziet de regering als een goede en belangrijke ontwikkeling die ook wordt aangemoedigd. Brancheorganisaties kunnen hier een belangrijke rol bij spelen. Met deze nota van wijziging worden aanvullende verplichtingen opgelegd, geldend voor alle intermediairs die vallen onder de Waadi. Daarmee is het landelijk geldend, ook bijvoorbeeld voor intermediairs die niet zijn aangesloten bij brancheorganisaties waaraan reeds lidmaatschapseisen verbonden zijn. Dit creëert een gelijk speelveld.

De regering kan bevestigen dat de meldplicht beoogt de wettelijke norm te ondersteunen door de positie van de intermediair tegenover de opdrachtgever te versterken. Zoals de Afdeling ook aangeeft kan de intermediair de opdrachtgever wijzen op de verplichting om discriminerende verzoeken te melden bij de Nederlandse Arbeidsinspectie (hierna: de Arbeidsinspectie). De procedure waarover de intermediair dient te beschikken biedt medewerkers van intermediairs duidelijkheid over de wijze waarop zij met discriminerende verzoeken dienen om te gaan. Ook kunnen intermediairs hierover communiceren richting hun opdrachtgevers, waardoor zij aan de voorkant (voorafgaand aan de arbeidsbemiddeling) een duidelijke norm neer kunnen zetten, hetgeen bij kan dragen aan bewustwording onder opdrachtgevers en discriminerende verzoeken kan verminderen. Daarnaast geeft het de intermediair een middel om de opdrachtgever te laten zien dat dergelijke verzoeken niet vervuld kunnen worden (steuntje in de rug). De intermediair kan in gesprek of bij het aanbieden van de dienstverlening aangeven dat de verplichting bestaat om discriminerende verzoeken te melden. Dit kan naar verwachting ook bij opdrachtgevers voor bewustwording zorgen en daarmee een normstellende en preventieve werking hebben. Ook bij intermediairs zelf is het doel om te zorgen voor meer bewustwording en grip op het herkennen en voorkomen van discriminatie. De procedure maakt daarmee de verplichting voor de intermediair bij het tegengaan explicieter dan op dit moment in wetgeving is vastgelegd. De meldplicht kan aan de ene kant normbevestigend en preventief werken en daarmee discriminatie voorkomen en aan de andere kant de Arbeidsinspectie van signalen voorzien op basis waarvan het toezicht bij werkgevers en intermediairs kan plaatsvinden. Daarmee zorgt het ook voor een instrument voor handhaving voor de Arbeidsinspectie. De in deze paragraaf beschreven toegevoegde waarde van de meldplicht ten opzichte van de voorgestelde wetgeving in het wetsvoorstel waar deze meldplicht aan wordt toege-

voegd is naar aanleiding hiervan verder onderbouwd in de nota van wijziging.

Daarnaast zal bij de monitoring actief aandacht worden besteed aan de invulling van de procedure door intermediairs alsmede de gedragseffecten die de meldplicht teweeg brengt. Tot slot wordt eveneens gewezen op de evaluatiebepaling in het wetsvoorstel Toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. Binnen vijf jaar na inwerkingtreding van artikel I, onderdeel B, van dit wetsvoorstel, wordt een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk aan de Staten-Generaal gestuurd. Hierbij zal eveneens aandacht worden besteed aan de doeltreffendheid en effectiviteit van de preventieve en normstellende functie van de procedure en de meldplicht.

b. Beleid versus individuele casuïstiek

Het wetsvoorstel verplicht werkgevers en intermediairs tot het beschikken over een werkwijze die gericht is op het voorkomen van discriminatie bij werving en selectie van personeel. De Arbeidsinspectie heeft tot taak om erop toe te zien dat werkgevers voldoen aan de eis om deze werkwijze te ontwikkelen en toe te passen.[15] Dit toezicht heeft uitdrukkelijk geen betrekking op de beoordeling van individuele gevallen.[16] De regering heeft dit ook aangevoerd als reden om deze norm niet op te nemen in de gelijkebehandelingswetgeving, aangezien die wetgeving een kader biedt voor het tegengaan van arbeidsdiscriminatie naar aanleiding van individuele klachten.[17]

De voorgestelde nota van wijziging voorziet in een meldplicht voor intermediairs in het geval van (vermoedelijk) discriminerende verzoeken. Deze verzoeken dienen gemeld te worden bij de Arbeidsinspectie, die vervolgens in actie kan komen. De Arbeidsinspectie gaat ervan uit dat zij geen inhoudelijk oordeel hoeft te vellen over de vraag of sprake is van discriminatie.[18] Volgens de toelichting wordt aan deze voorwaarde voldaan, omdat de Arbeidsinspectie overeenkomstig haar bevoegdheden bepaalt of naar aanleiding van een melding wordt overgegaan tot toezicht bij de opdrachtgever ten aanzien van de verplichte werkwijze.[19]

De Afdeling ziet hierin een tegenstrijdigheid. Indien de Arbeidsinspectie geen oordeel velt over de vraag of er sprake is van discriminatie en alleen controleert ten aanzien van de verplichte werkwijze, is dit niet goed te verenigen met een meldplicht voor individuele gevallen van discriminatie. Naar aanleiding van gedane meldingen, zal de Arbeidsinspectie moeilijk kunnen ontkomen aan een inhoudelijke beoordeling van het (vermoedelijk) discriminerende verzoek. Bij toezicht op de toepassing van de werkwijze zal immers beoordeeld moeten worden of de anti-discriminatienorm met het verzoek al dan niet is nageleefd. Dit verdraagt zich volgens de Afdeling niet met de redengeving om dit onderwerp onder te brengen buiten de gelijkebehandelingswetgeving, noch met de voorwaarden die de Arbeidsinspectie in haar uitvoeringstoets heeft geformuleerd.[20]

---

[15] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 3, p. 8.
[16] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 7, p. 35.
[17] Kamerstukken II 2020/21, 35 673, nr. 7, p. 8, 35.
[18] Uitvoeringstoets van de Nederlandse Arbeidsinspectie t.a.v. de concept-nota van wijziging, 30 juni 2022, p. 1.
[19] Memorie van toelichting, paragraaf «Reactie consultaties».
[20] Uitvoeringstoets van de Nederlandse Arbeidsinspectie t.a.v. de concept-nota van wijziging, 30 juni 2022, p. 1.

De Afdeling adviseert om in de toelichting te motiveren hoe de voorgestelde meldplicht voor intermediairs inzake individuele discriminerende verzoeken past bij de opzet van het wetsvoorstel en de daarin voorziene rol van de Arbeidsinspectie, die uitsluitend zijn gericht op het voeren en controleren van beleid (een werkwijze) door werkgevers en intermediairs.

De regering ziet geen tegenstrijdigheid tussen de meldplicht die op individuele gevallen ziet en de aanpak van het wetsvoorstel dat zich richt op algemeen beleid. Naleving van een generieke norm/naleving van beleid vindt vaker op basis van individuele meldingen of signalen plaats. Een melding kan aanleiding bieden voor de Arbeidsinspectie om tot inspectie op de werkwijze bij een werkgever over te gaan. Daarmee kan het dienen als een signaal op basis waarvan de Arbeidsinspectie bepaalt om tot toezicht bij een werkgever op de werkwijze bij werving en selectie over te gaan. Daarnaast is het zo dat in die gevallen waarbij sprake is van een evident discriminerend verzoek en daarmee een directe overtreding van de werkwijze (bijvoorbeeld op het moment dat gevraagd wordt om uitsluitend «wit personeel»), de Arbeidsinspectie dit verzoek, mits aantoonbaar, tezamen met nader onderzoek, zoals het stellen van vragen aan de werkgever of het personeel, kan gebruiken in haar toezicht op de werkwijze om vast te stellen dat niet conform werkwijze is gehandeld. Daarmee kan worden geconcludeerd dat er geen naleving is van de werkwijze, waarop de Arbeidsinspectie handhavend kan optreden.

In andere gevallen, daar waar geen sprake is van evidente discriminatie of dit niet aantoonbaar is, zal de melding als signaal voor de Arbeidsinspectie dienen om tot inspectie over te gaan. In die gevallen gaat het om het toezicht op de werkwijze en hoeft de melding zelf verder niet inhoudelijk onderzocht te worden. Deze opzet sluit aan bij de werkwijze van Arbeidsinspectie, waar bijvoorbeeld op basis van een individuele melding tijdens een inspectie het beleid van een werkgever kan worden gecontroleerd. De Arbeidsinspectie kan op de thema's waar zij over wettelijke bevoegdheden beschikt reeds meldingen ontvangen, bijvoorbeeld op het terrein van arbeidsomstandigheden en arbeidstijden. Op basis van een melding bepaalt de Arbeidsinspectie hoe hier opvolging aan wordt gegeven. Bijvoorbeeld bij een melding op het terrein van psychosociale arbeidsbelasting, kan de Arbeidsinspectie besluiten over te gaan tot inspectie ten aanzien van het beleid van de werkgever op dit terrein.

Het proces bij de Arbeidsinspectie rond het ontvangen en opvolgen van een melding ziet er als volgt uit. Bij ontvangst van een melding maakt de Arbeidsinspectie daar een inschatting van en wordt bepaald of de melding aanleiding biedt om tot inspectie bij de betreffende werkgever over te gaan. De Arbeidsinspectie houdt daarbij toezicht op de werkwijze, zoals in het wetsvoorstel opgenomen en volgens de nadere eisen die hieraan per amvb nog worden vastgesteld. Afhankelijk van de inhoud van de melding, kan de melding bij de inspectie als ondersteunend element dienen om te constateren dat de werkwijze niet op orde is of niet is gevolgd. Het is bij geconstateerd onderscheid aan de werkgever om aan te tonen dat hiervoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Op basis van de bevindingen, zijn er bij niet-naleving drie verschillende uitkomsten mogelijk: de werkwijze is in zijn geheel niet aanwezig, de werkwijze is wel aanwezig maar niet op orde, de werkwijze is aanwezig maar uit de melding kan worden geconcludeerd dat deze niet wordt nageleefd. In deze gevallen zal de Arbeidsinspectie eerst een eis tot naleving opleggen om de werkgever aan te zetten om binnen een aangegeven termijn de werkwijze of toepassing daarvan in orde te maken. Pas als de werkgever daar vervolgens niet aan voldoet kan een bestuurlijke boete worden opgelegd.

Deze nadere onderbouwing is in paragraaf 2b van het algemeen deel van de toelichting van de nota van wijziging nadrukkelijker toegevoegd.

3. Rol van de intermediair

a. Effectiviteit

Zowel in een eerdere beoordeling van de regering zelf als in consultatiereacties komt twijfel naar voren over de effectiviteit van een meldplicht zoals voorgesteld in de nota van wijziging.

In november 2019 heeft de regering opgemerkt dat tegen het instellen van een meldplicht praktische bezwaren bestaan.[21] Zij wierp toen de vraag op of intermediairs voldoende kennis en expertise hebben om de meldplicht uit te voeren. Zo zou het voor intermediairs moeilijk zijn om vast te stellen of een verzoek onder de meldplicht valt. Daarnaast zou het niet naleven van een meldplicht niet of nauwelijks zijn aan te tonen. De regering vond wel dat het nuttig zou zijn als intermediairs het gesprek aangaan, omdat het dan in veel gevallen lukt om het gedrag bij te stellen en het verzoek te corrigeren.

Ook de toelichting bij de nota van wijziging stelt dat een directe meldplicht, zonder dat de intermediair eerst in gesprek moet, niet effectief zou zijn. Verwacht wordt dat intermediairs terughoudend zullen zijn met het doen van directe meldingen over hun opdrachtgevers vanwege de contractuele relatie en de moeilijkheid om te beoordelen of sprake is van een discriminerend verzoek. Door eerst in gesprek te gaan, kan over het verzoek meer duidelijkheid ontstaan en kunnen intermediairs opdrachtgevers bewust maken van het discriminerende karakter van hun verzoek, aldus de toelichting.[22]

De Afdeling onderschrijft deze eerdere twijfels van de regering over de effectiviteit van een meldplicht, die ook in consultatiereacties naar voren komen.[23] Het herkennen van in het bijzonder indirecte discriminatie in verzoeken van opdrachtgevers vereist kennis en expertise bij intermediairs, waarvan onduidelijk is of zij deze bezitten. Voorts is te verwachten dat na invoering van een meldplicht opdrachtgevers dergelijke verzoeken minder duidelijk of niet in schriftelijke vorm zullen doen. Dat levert problemen op bij het doen van meldingen en de bewijsvoering daarvan.

Daarnaast wordt in de toelichting onvoldoende ingegaan op de belemmeringen die een contractuele en commerciële relatie kan meebrengen voor het melden bij de Arbeidsinspectie. Dit klemt te meer nu de intermediair als relatief afhankelijke partij (opdrachtnemer) wordt verplicht om discriminatoire verzoeken van de relatief onafhankelijke partij (opdrachtgever) te melden.[24] De vraag rijst hoe effectief een meldplicht is die intermediairs noopt om hun opdrachtgevers «aan te geven». Daardoor zal het ook moeilijk zijn voor de Arbeidsinspectie om te beoordelen of de meldplicht wordt nageleefd.

---

[21] Kamerstukken II 2019/20, 25 883, nr. 366.

[22] Memorie van toelichting, paragraaf «Doeltreffendheid». De verplichting om in gesprek te gaan wordt overigens niet met de nota van wijziging zelf geregeld, maar zal bij algemene maatregel van bestuur worden opgenomen in de verplichte procedure.

[23] Zie onder meer de reactie van het Adviescollege Toetsing Regeldruk, de Nederlandse Orde van Advocaten, de Algemene Bond Uitzendondernemingen en de Nederlandse Bond van Bemiddelings- en Uitzendondernemingen.

[24] Doorgaans geldt een meldplicht voor de relatief onafhankelijke partij, bijvoorbeeld voor de werkgever na een ernstig arbeidsongeval, voor de instelling na ernstige incidenten in de patiëntenzorg (waaronder calamiteiten of gevallen van seksueel misbruik) of voor de zorgverlener bij een (vermoeden van) kindermishandeling of huiselijk geweld.

b. Verplichte private handhaving

De nota van wijziging brengt mee dat de intermediairs, als private partijen, mede verantwoordelijk worden gemaakt voor de handhaving van een publieke norm. Nu zijn private partijen weliswaar vaker tot melding verplicht wanneer zij zelf (mogelijk) een publieke norm overschrijden, zoals bij onveilige werkomstandigheden.[25] Hier betreft het echter een plicht om melding te doen bij de overheid over het gedrag van een andere private partij. Dit is een minder vaak voorkomende werkwijze, die daarom nadere uitleg behoeft in de toelichting. Mede gelet op de lastenverzwaring die het voorstel meebrengt voor intermediairs, acht de Afdeling het van belang dat de toelichting nader ingaat op de wenselijkheid van de voorgestelde verplichtingen voor intermediairs.

c. Conclusie

De Afdeling adviseert om in de toelichting de effectiviteit en wenselijkheid van de meldplicht en de voorgestelde rol van de intermediair dragend te motiveren, en als dat niet mogelijk is de voorgestelde rol van intermediairs te heroverwegen.

In reactie op de advisering van de Afdeling ten aanzien van de effectiviteit van de meldplicht en de voorgestelde rol van de intermediair kan het volgende worden aangegeven. De regering heeft in de nota van wijziging ook het dilemma willen schetsen van de contractuele en commerciële relatie van een intermediair met een opdrachtgever. De regering onderkent dat dit een ingewikkeld punt is en dat sluitende controle op naleving van de meldplicht lastig is. De regering heeft daarom bewust gekozen de meldplicht te koppelen aan de verplichting te beschikken over een procedure. Onderdeel van deze procedure is het in gesprek gaan met een opdrachtgever op het moment dat het vermoeden bestaat van een discriminerend verzoek. Daarmee kan een groot deel van de verzoeken naar verwachting op effectieve wijze worden gecorrigeerd. De regering is van mening dat daar een groot deel van de toegevoegde waarde ligt. Juist op het moment dat er sprake is van een mogelijk onbewust discriminerend verzoek, is de verwachting dat een directe meldplicht niet behulpzaam zal zijn. Het aankaarten en in gesprek gaan met een opdrachtgever, kan dan van toegevoegde waarde zijn. Dit past in het beeld van de regering bij de rol en verantwoordelijkheid die intermediairs hebben in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van arbeid. Arbeidsbemiddeling betreft de kernactiviteit van de intermediair. Dit maakt het van belang dat intermediairs oog hebben voor de risico's van discriminatie, worden opgeleid en getraind in het herkennen hiervan en het gesprek aan kunnen gaan. Juist vanwege die kernactiviteit ziet de regering het als een toevoeging om via deze nota van wijziging nadrukkelijk de procedure voor het omgaan en melden van discriminerende verzoeken voor de intermediair vast te leggen. De meldplicht en procedure kunnen daarbij ook gezien worden als extra steun in de rug voor intermediairs om niet in te gaan op discriminatie. Juist door de wettelijke plicht kunnen intermediairs dit richting hun opdrachtgevers benoemen en daarmee aangeven dat zij discriminerende verzoeken niet kunnen accepteren en dienen te melden. Dit zal naar verwachting een afschrikwekkend effect hebben voor de werkgever. Paragraaf 3 van het algemeen deel van de toelichting van de nota van wijziging is op basis hiervan aangevuld.

---

[25] Zo moet de werkgever op grond van artikel 9 van de Arbeidsomstandighedenwet ernstige arbeidsongevallen direct melden bij de Arbeidsinspectie. Ook moeten bijvoorbeeld werkzaamheden waarbij personen arbeid verrichten vanuit een werkbak of werkplatform die bestemd zijn voor goederenvervoer worden gemeld aan de Arbeidsinspectie (artikel 7.23d van het Arbeidsomstandighedenbesluit).

Wanneer het in gesprek gaan onvoldoende effect heeft of wanneer de intermediair de inschatting maakt dat het om een dermate ernstig verzoek gaat dat in gesprek gaan geen zin heeft, dan ziet de regering een plicht tot het melden als een belangrijke stap die ook helpt bij het toezicht op het onderliggende wetsvoorstel door de Arbeidsinspectie. De regering wil daarbij verder benadrukken dat de intermediair niet verantwoordelijk wordt gemaakt voor handhaving. Het is de Arbeidsinspectie die handhaaft en toezicht houdt bij opdrachtgevers en intermediairs. De intermediair speelt, mede vanwege haar relatie in de arbeidsbemiddeling, een tussenrol waarbij zij vanuit haar rol en taken het gesprek met opdrachtgevers aangaat en bij onvoldoende effect dient te melden. Dit betreft verzoeken waar de intermediair op dit moment volgens de gelijkebehandelingswetgeving eveneens niet op in zou mogen gaan. Door het verplichten van de procedure en de meldplicht voor intermediairs, wordt dit extra bevestigd en bekrachtigd.

De Afdeling geeft ook aan dat het voor de Arbeidsinspectie lastig zal zijn om te beoordelen of de meldplicht wordt nageleefd. Een volledig sluitende controle op de naleving ziet ook de regering als lastig en dit vormt een aandachtspunt wat ook na inwerkingtreding gevolgd zal worden. De Arbeidsinspectie zal als onderdeel van haar toezicht op de wet ook toezicht houden bij intermediairs op de aanwezigheid en naleving van de procedure en meldplicht. Op dit moment worden reeds verkennende inspecties[26] uitgevoerd in aanloop naar inwerkingtreding van het wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. Deze verkennende inspecties vinden ook plaats bij intermediairs. De Arbeidsinspectie wordt daarbij getraind op het herkennen van signalen en ook de vaardigheden van de inspecteurs worden hierbij getraind. Onderdeel van inspecties is het in gesprek gaan binnen de organisatie. Inspecteurs kunnen dan bijvoorbeeld vragen hoe met (vermoedens van) discriminerende verzoeken is omgegaan en nagaan of werknemers geïnformeerd zijn. Op die manier zijn inspecteurs getraind om signalen op te vangen en in gesprek te gaan. Inspecteurs zullen hier ook na inwerkingtreding ervaring en expertise voor opbouwen.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling nog het volgende op.

4. Normstelling

De nota van wijziging verplicht intermediairs om verzoeken die tot arbeidsdiscriminatie leiden, te melden bij de Arbeidsinspectie. Ook moeten zij over een procedure beschikken hoe met dergelijke verzoeken wordt omgegaan. Bij of krachtens amvb zullen nadere regels worden gesteld over beide verplichtingen. Uit de toelichting blijkt dat intermediairs bij het doen van een melding onder meer de discriminatiegrond moeten vermelden.[27]

De Afdeling merkt op dat de tekst van en de toelichting bij de nota van wijziging onvoldoende duidelijkheid geven over de voorgestelde normering. De tekst luidt dat verzoeken die tot discriminatie leiden moeten worden gemeld bij de Arbeidsinspectie.[28] Uit de toelichting blijkt echter dat ook vermoedens van discriminatie moeten worden gemeld, terwijl dit niet uit de tekst volgt.[29] De tekst van het voorstel zou moeten aansluiten bij de toelichting.

---

[26] Verkennende inspecties betreffen inspecties die op vrijwillige basis bij werkgevers worden gedaan, waar geen consequenties voor werkgevers aan verbonden zijn.
[27] Memorie van toelichting, paragraaf «Inhoud procedure».
[28] Voorgesteld artikel 5a, eerste lid, en artikel 12ca, eerste lid, Waadi.
[29] Memorie van toelichting, paragraaf «Aanleiding en doel», «Uitwerking».

De Afdeling acht het verder van belang dat de samenhang tussen het eerste en tweede lid van de voorgestelde artikelen 5a en 12ca wordt verduidelijkt. Uit de toelichting volgt dat de intermediair normaliter eerst een gesprek moet voeren met de opdrachtgever, alvorens diens discriminatoir verzoek te melden. Dit gesprek zal een onderdeel zijn van de toe te passen procedure en gaat dus vooraf aan een melding.[30] Deze samenhang blijkt onvoldoende duidelijk uit de voorgestelde bepalingen. De Afdeling adviseert om in de toelichting te verduidelijken hoe de procedure zich verhoudt tot de meldplicht en hoe de procedure op hoofdlijnen eruit moet komen te zien.

De Afdeling adviseert om nader op het voorgaande in te gaan en de tekst en toelichting van het voorstel met elkaar in overeenstemming te brengen.

Het is de bedoeling van de regering dat bij een vermoeden van arbeidsmarktdiscriminatie een intermediair, of een daartoe aangewezen persoon binnen het uitzendbureau, in gesprek gaat met de opdrachtgever van het verzoek over dit verzoek. Een verzoek kan bijvoorbeeld discriminatoir ogen, maar dat betekent nog niet dat het verzoek ook discriminatoir is. Er kan bijvoorbeeld een rechtvaardigingsgrond bestaan voor het verzoek, zoals bij expliciet gedefinieerd voorkeursbeleid. Daarnaast zijn verzoeken soms niet helder, of impliciet en vragen nader (intern) overleg. Daarom is het van belang dat de intermediair ook bij een vermoeden van discriminatie in gesprek gaat met de opdrachtgever. Het voorgestelde artikel over de procedure is aangepast in de tekst van het voorstel, zodat ook uit de tekst van dit artikel blijkt dat de procedure ook geldt bij een vermoeden van discriminatie. Dit laat overigens onverlet dat de regering het wenselijk vindt dat ook in het geval van, op voorhand reeds evidente arbeidsmarktdiscriminatie, in gesprek wordt gegaan. Een opdrachtgever hoeft zich immers niet bewust te zijn van discriminatie en ook als de opdrachtgever dat wel is, kan de opdrachtgever op andere gedachten worden gebracht.

Het is de bedoeling van de regering dat de intermediair tot melding overgaat als het vermoeden van discriminatie onvoldoende is weggenomen door de opdrachtgever. Daarom is ook het artikellid dat bepaalt wanneer tot melding wordt overgegaan aangepast. Daarin staat nu dat de intermediair tot melding overgaat bij verzoeken die tot arbeidsdiscriminatie leiden, of vermoedelijk leiden.

Om de verhouding tussen de procedure en het overgaan tot melden duidelijker weer te geven, zijn het eerste en tweede lid van de voorgestelde artikelen 5a en 12ca in de nota van wijziging omgedraaid en deels aangevuld. In de nota van wijziging is de verhouding tussen de procedure en de meldplicht verder verduidelijkt. De procedure kan eindigen in een melding, op het moment dat het vermoeden van discriminatie onvoldoende is weggenomen. Bij amvb worden de eisen die aan de procedure worden gesteld verder uitgewerkt.

5. Capaciteit en expertise Arbeidsinspectie

Volgens de toelichting zal de Arbeidsinspectie naar aanleiding van meldingen door intermediairs handhavend optreden tegen opdrachtgevers die discriminerende verzoeken hebben gedaan. De intentie is om alle meldingen op te volgen. Er worden niet veel meldingen verwacht omdat discriminerende verzoeken in de meeste gevallen via een gesprek gewijzigd zouden worden.[31]

---

[30] Memorie van toelichting, paragraaf «Uitwerking».
[31] Memorie van toelichting, paragraaf «Uitwerking».

Naast hetgeen hierboven is opgemerkt over de handhaafbaarheid van de voorgestelde meldplicht merkt de Afdeling op dat de toelichting onvoldoende motiveert dat de Arbeidsinspectie voldoende capaciteit en expertise heeft om naar aanleiding van de ontvangen meldingen handhavend op te treden tegen opdrachtgevers die, in strijd met hun verplichte werkwijze, discriminerende verzoeken doen.

De Afdeling merkt in dit verband op dat in de toelichting geen indicatie wordt gegeven van de omvang van de uitvoeringslasten voor de Arbeidsinspectie die met het voorstel zijn gemoeid. Het komt haar voor dat, gezien het grote aantal taken en de overbelasting van de Arbeidsinspectie, het voorstel zal moeten leiden tot uitbreiding van de toezichtcapaciteit, waarbij de vraag naar de beschikbaarheid van voldoende personeel van belang is. Indien deze uitbreiding niet mogelijk is, dan zal de handhavingsinzet van de Arbeidsinspectie op dit terrein moeten worden afgewogen tegenover de inzet bij andere taken van de inspectie.[32]

De Afdeling adviseert om in de toelichting op het voorgaande in te gaan.

De regering wijst erop dat op dit moment de Arbeidsinspectie reeds verkennende inspecties uitvoert voor het thema gelijke kansen bij werving en selectie. De capaciteit van het team Psychosociale Arbeidsbelasting (PSA), waar dit onderdeel van zal worden, is daartoe uitgebreid. Ook de expertise van het team PSA is daarmee verder ingericht op het thema gelijke kansen bij werving en selectie.

Ten aanzien van de uitvoeringslasten voor de Arbeidsinspectie die met de nota van wijziging zijn gemoeid, kan worden aangegeven dat de meldingen met name richting geven aan waar (een deel van) het toezicht plaatsvindt, maar niet zozeer zorgen voor een toename van het toezicht. Er is reeds begroot dat toezicht op de werkwijze bij werkgevers zal plaatsvinden en hier zijn capaciteit en middelen voor gereserveerd. De meldingen bepalen meer gericht waar (een deel van) het toezicht behorend bij het wetsvoorstel plaatsvindt.

De in behandeling name van de meldingen zal voor enige extra uitvoeringslasten voor de Arbeidsinspectie zorgen. Op dit moment is de inschatting dat het aantal meldingen beperkt zal blijven en dat dit daarmee past binnen de reeds voorziene middelen behorende bij het wetsvoorstel waar deze nota van wijziging onderdeel van is.

6. Overige wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om in verband met de inwerkingtreding van de Wet open overheid en de daarmee gepaard gaande intrekking van de Wet openbaarheid van bestuur, de verwijzingen in het wetsvoorstel Toezicht gelijke kansen bij werving en selectie naar de Wet openbaarheid bestuur te vervangen door de Wet open overheid.

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

De vice-president van de Raad van State,
Th. C. de Graaf

---

[32] Zie ook Kamerstukken II 2021/22, 35 592, nr. 5, p. 8; advies nr. W06.22.0143/III/B over ontwerp-Miljoenennota 2023, 13 september 2022.

Ik verzoek U in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging en gewijzigde toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
C.E.G. van Gennip