

No.W12.22.0116/III

's-Gravenhage, 21 september 2022

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.

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.<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup>

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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> De invoering van een meldplicht voor intermediairs heeft tot doel het verder tegengaan en voorkomen van

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 2.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 6.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 3.

<sup>4</sup> Deze meldplicht wordt geregeld in de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs (Waadi).

<sup>5</sup> Zie voorgesteld artikel 5a en artikel 12ca Waadi.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Uitwerking'.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2019/20, 25883, nr. 355; Kamerstukken II 2019/20, 30950, nr. 204; Coalitieakkoord, hoofdstuk 4.

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.<sup>8</sup>

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.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

## 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Daarnaast hebben de intermediairs in de uitzendbranche zelf initiatieven genomen om discriminatie bij werving en selectie tegen te gaan.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Aanleiding en doel'.

<sup>9</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Handhavingstoets Nederlandse Arbeidsinspectie'.

<sup>10</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Uitwerking'.

<sup>11</sup> Op grond van artikel 5, eerste lid, onder b, van de Awgb.

<sup>12</sup> Zie consultatiereactie College voor de Rechten van de Mens, 14 april 2022.

<sup>13</sup> Voor een overzicht, zie onder meer Kamerstukken II 2020/21, 29544, nr. 1033, paragraaf 2.2.

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.<sup>14</sup> 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.

*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.<sup>15</sup> Dit toezicht heeft uitdrukkelijk geen betrekking op de beoordeling van individuele gevallen.<sup>16</sup> 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.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Zie voorgesteld artikel 12ca lid 2 Waadi.

<sup>15</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 8.

<sup>16</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 7, p. 35.

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 7, p. 8, 35.

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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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-discriminatie-norm 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.<sup>20</sup>

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.

### 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.<sup>21</sup> 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

---

<sup>18</sup> Uitvoeringstoets van de Nederlandse Arbeidsinspectie t.a.v. de concept-nota van wijziging, 30 juni 2022, p. 1.

<sup>19</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Reactie consultaties'.

<sup>20</sup> Uitvoeringstoets van de Nederlandse Arbeidsinspectie t.a.v. de concept-nota van wijziging, 30 juni 2022, p. 1.

<sup>21</sup> Kamerstukken II 2019/20, 25883, nr. 366.

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.<sup>22</sup>

De Afdeling onderschrijft deze eerdere twijfels van de regering over de effectiviteit van een meldplicht, die ook in consultatiereacties naar voren komen.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.

#### 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

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

werkomstandigheden.<sup>25</sup> 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.

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.<sup>26</sup>

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.<sup>27</sup> Uit de toelichting blijkt echter dat ook *vermoedens* van discriminatie moeten worden gemeld, terwijl dit niet uit de tekst volgt.<sup>28</sup> De tekst van het voorstel zou moeten aansluiten bij de toelichting.

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.<sup>29</sup> Deze samenhang blijkt onvoldoende duidelijk uit de voorgestelde bepalingen. De Afdeling adviseert om in de toelichting te

---

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Inhoud procedure'.

<sup>27</sup> Voorgesteld artikel 5a, eerste lid, en artikel 12ca, eerste lid, Waadi.

<sup>28</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Aanleiding en doel', 'Uitwerking'.

<sup>29</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Uitwerking'.

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.

#### 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.<sup>30</sup>

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.<sup>31</sup>

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

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,

---

<sup>30</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 'Uitwerking'.

<sup>31</sup> Zie ook Kamerstukken II 2021/22, 35592, nr. 5, p. 8; advies nr. W06.22.0143/III/B over ontwerp-Miljoenennota 2023, 13 september 2022.

