

Radboud Universiteit



De positie van de Wmk binnen de context van het juridische raamwerk

Onderzoek in opdracht van de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA)

Nijmegen, oktober 2022
mr. L.G.G. (Lieke) Oosterveld



Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	4
1.1 Aanleiding.....	4
1.2 Onderzoeksvragen.....	4
1.3 Opbouw van het onderzoek.....	4
1.4 Afbakening.....	5
2. De Wet op de medische keuringen nader bekeken.....	7
2.1 Historische schets.....	7
2.2 Doelstellingen van de Wmk.....	8
2.3 Doelstellingen van de Wmk anno 2022.....	12
3. De Wet op de medische keuringen in verhouding tot aanverwante wet- en regelgeving.....	14
3.1 Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO).....	14
3.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG).....	15
3.3. Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz).....	19
3.4 Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (Wgbm/v) en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl).....	22
3.5 Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie.....	23
4. De Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen nader bekeken.....	26
4.1 Historische schets.....	26
4.2 Doelstellingen, taken en bevoegdheden.....	27
5. De Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen in verhouding tot andere instanties.....	34
5.1 Autoriteit Persoonsgegevens.....	34
5.2 College voor de Rechten van de Mens.....	35
5.3 Antidiscriminatievoorzieningen.....	39
5.4 Nederlandse Arbeidsinspectie.....	40
5.5 Civiele procedure.....	41
6. De toekomst van de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen.....	44
6.1 Enkele opmerkingen vooraf.....	44
6.2 Vergroten naamsbekendheid.....	44
6.3 Uitbreiding formeel takenpakket.....	45
6.4 Klachtenafhandeling en adviesverlening over aanverwante wet- en regelgeving.....	45
6.5 Uitbreiding werkterrein: medische keuringen tijdens dienstverband.....	46
6.6 Openbaarmaking van oordelen.....	46
6.7 Uitbreiding bevoegdhedenpakket: eigen procesbevoegdheid.....	47
6.8 Uitbreiding bevoegdhedenpakket: sancties.....	47
7. Samenvatting en conclusies.....	49

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

Op 1 januari 1998 is de Wet op de medische keuringen (Wmk) van kracht geworden. De Wmk betreft een regeling die specifiek betrekking heeft op de aanstellingskeuring en beoogt de rechtspositie van de keurling te versterken. Dit doet de Wmk door de inzet van aanstellingskeuringen slechts in beperkte mate toe te staan en aan strikte voorwaarden te onderwerpen. Sinds de inwerkingtreding van de Wmk in 1998 zijn er echter verschillende wetten tot stand gebracht of in de maak die (deels) dezelfde doelstellingen lijken na te streven als de Wmk en eveneens van belang zijn voor de aanstellingskeuring. Hierbij kan met name worden gedacht aan wetten die strekken tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de lichamelijke integriteit alsmede het recht op gelijke behandeling. Soms vullen deze wetten de Wmk aan en soms is er overlap. Binnen de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA) is meermaals de vraag opgekomen welke positie de Wmk inneemt binnen het juridische stelsel, in hoeverre er overlap met deze andere wetten bestaat en hoe de CKA daarmee dient om te gaan. Ook is onduidelijk in hoeverre de CKA nog steeds afdoende is toegerust om aan haar taakomschrijving te voldoen.

1.2 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvragen die in voorliggend onderzoek dienen te worden beantwoord, luiden als volgt:

1. Wat zijn de doelstellingen van de Wmk?
2. Welke nadien tot stand gekomen en toekomstige wet- en regelgeving raakt aan/overlapt deels met de doelstellingen van de Wmk?
3. Wat is de aanvullende waarde van de Wmk ten opzichte van andere wetten die dezelfde of soortgelijke doelen beogen?
4. In hoeverre kan de CKA voldoen aan haar huidige taakomschrijving en haar taken adequaat uitvoeren in het licht van de huidige (beleids)doelstellingen?
5. Wat is de verhouding van de CKA tot andere commissies/instituten met betrekking tot risicoselectie en privacy?
6. Indien blijkt dat de CKA onvoldoende aan haar taakomschrijving kan voldoen, wat is er voor nodig om dat te veranderen? Wat zijn de verschillende opties?

1.3 Opbouw van het onderzoek

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 onderzocht welke doelstellingen de Wmk blijktens de parlementaire geschiedenis heeft en of deze doelstellingen anno 2022 nog relevant zijn. Teneinde deze doelstellingen in

perspectief te kunnen plaatsen, gaat daarbij tevens aandacht uit naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Wmk.

Vervolgens wordt de Wmk in hoofdstuk 3 afgezet tegen (toekomstige) wet- en regelgeving die deels raakt aan of overlapt met de doelstellingen van de Wmk. Het betreft de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO), de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz), de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgbm/v), de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl) alsmede het thans bij de Tweede Kamer aanhangige Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie. Onderzocht wordt waarin de meerwaarde van de Wmk ten aanzien van deze wet- en regelgeving is gelegen.

Hierna komt de focus te liggen op de CKA. In hoofdstuk 4 wordt onderzocht in hoeverre de CKA haar taken goed kan uitvoeren in het licht van de doelstellingen die met de instelling van de CKA zijn nagestreefd. Voor de beantwoording van deze vraag wordt voortgebouwd op de in 2016 door onderzoeksbureau Panteia verrichte evaluatie naar de CKA.¹ Aansluitend wordt in hoofdstuk 5 uiteengezet hoe de CKA zich verhoudt tot andere instanties die bevoegdheden hebben op het gebied van risicoselectie en privacy. Het betreft de Autoriteit Persoonsgegevens (AP), het College voor de Rechten van de Mens, de antidiscriminatievoorzieningen, de Nederlandse Arbeidsinspectie en de civiele rechter. Tot slot wordt in hoofdstuk 6 gekeken naar de toekomst van de CKA. Mede naar aanleiding van de bevindingen uit eerdere hoofdstukken wordt bezien welke mogelijkheden er zijn om de doeltreffende taakuitoefening van de CKA te vergroten.

1.4 Afbakening

De Wmk heeft niet alleen betrekking op aanstellingskeuringen, maar ook op keuringen voor aan de arbeidsverhouding gerelateerde verzekeringen (pensioen en arbeidsongeschiktheid) en keuringen voor particulier af te sluiten verzekeringen (leven en arbeidsongeschiktheid). Dit rapport richt zich gelet op het werkterrein van de CKA evenwel in beginsel uitsluitend op de aanstellingskeuring. Waar relevant zal wel op dit ruimere toepassingsbereik worden gewezen.

Verder maakt een evaluatie van de Wmk zelf, dat wil zeggen de inhoud en begripsomschrijvingen, expliciet geen onderdeel uit van de onderzoeksopdracht. Derhalve wordt hieraan dit onderzoeksrapport geen aandacht besteed.

¹ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17, 28172*, nr. 10.

Het onderzoeksbureau Panteia heeft voor de periode 2012-2016 een evaluatie uitgevoerd naar de CKA. Onderdeel van dit onderzoek was dat de onderzoekers betrokkenen bij de CKA (commissieleden en SER-medewerkers), stakeholders en leden van de doelgroep hebben gevraagd naar hun ervaringen met de CKA.² Voor het voorliggende onderzoek geldt dat het afnemen van interviews geen onderdeel uitmaakt van de onderzoeksopdracht. Waar relevant wordt teruggegrepen op dit onderzoek.

² Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17, 28172*, nr. 10, p. 21 e.v.

2. De Wet op de medische keuringen nader bekeken

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 1: **Wat zijn de doelstellingen van de Wmk?**

2.1 Historische schets

De aanstellingskeuring is een fenomeen dat in ieder geval al sinds de industriële revolutie in Nederland voorkomt. In die periode waren de algemene hygiëne en het tegengaan van de verspreiding van besmettelijke ziekten de belangrijkste redenen om aspirant-werknemers te keuren.³ In de loop der jaren zijn aanstellingskeuringen echter steeds vaker ingezet als middel om risicoselectie mogelijk te maken: de keuring verschaft de werkgever informatie over de risico's op uitval door ziekte en kan de werkgever zo helpen het arbeidsverzuimrisico te beperken.⁴ Mede naar aanleiding van dit opkomende motief ontstond aan het einde van de jaren zestig van de vorige eeuw discussie over de aanstellingskeuring. Deze discussie richtte zich met name op het ontbreken van regelgeving ter bescherming van de keurling,⁵ maar ging later ook over het nut en de legitimiteit van de aanstellingskeuring in zijn algemeenheid.⁶

De kritiek op de aanstellingskeuring leidde echter niet onmiddellijk tot een wettelijke regeling. Zelfregulering werd door de wetgever aangemerkt als de beste oplossing voor de problemen rondom de aanstellingskeuring.⁷ In het kader hiervan zijn er in de jaren tachtig en negentig tal van richtlijnen, gedragscodes en andere producten van zelfregulering tot stand gebracht ter versterking van de rechtspositie van de keurling.⁸ Desondanks bleef de kwetsbare positie van de keurling een punt van aanhoudende zorg.⁹ De plannen om de Ziektewet stapsgewijs te privatiseren leidden ertoe dat werkgevers nog vaker aanstellingskeuringen gingen toepassen om zich in te dekken tegen het op hen afgewentelde ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico.¹⁰ De verplichting tot loondoorbetaling tijdens het ziekteverzuim zorgde zodoende voor selectie van werknemers op gezondheid.¹¹ Daarnaast ontstond het inzicht dat, door de snelle ontwikkelingen op medisch-technologisch vlak, geneeskundig onderzoek steeds dieper kon ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van de keurling, bijvoorbeeld door toegenomen mogelijkheden van erfelijkheidsonderzoek. Het werd onwenselijk geacht dat een keurling als gevolg van een medisch onderzoek ten behoeve van een werkgever geconfronteerd zou worden met ernstig belastende kennis over zijn

³ C.W.G. Rayer & I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 2.

⁴ A.C. Hendriks, *De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later. Omzien naar de Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 2002, p. 243.

⁵ A.C. Hendriks, *De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later. Omzien naar de Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 2002, p. 241.

⁶ C.W.G. Rayer & I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3.

⁷ *Kamerstukken II 1989/90*, 19218, nr. 40, p. 5; *Kamerstukken II 1992/93*, 23020, nr. 2, p. 10.

⁸ Zie onder andere: Vereniging voor Gezondheidsrecht, *Wat mag en moet bij een aanstellingskeuring*, Utrecht 1980; NVAB, *Aanstellingskeuringen door bedrijfsartsen*, 1989; Stichting van de Arbeid, *Herziene aanbevelingen inzake het wervings- en selectiebeleid van ondernemingen*, Den Haag 1991.

⁹ A.C. Hendriks, *De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later. Omzien naar de Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 2002, p. 247.

¹⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 23259, nr. 13, p. 1.

¹¹ J.G. Sijmons, 'De Wet op de medische keuringen herzien? De tweede evaluatie', *AV&S* 2009/4, afl. 1.

gezondheid met een ernstig probleem voor zijn verdere leven tot gevolg.¹² Ook bestond de vrees dat men zich minder snel tot de klinische gezondheidszorg zou wenden als de kans bestond dat daarover op een later moment mededeling moest worden gedaan bij een eventuele keuring.¹³

Deze ontwikkelingen waren voor D66-Kamerlid Kohnstamm aanleiding om op 24 augustus 1993 bij de Tweede Kamer het initiatiefvoorstel voor de Wmk in te dienen.¹⁴ De Wmk diende de toelaatbaarheid van aanstellingskeuringen te beperken en voorschriften te geven voor de situatie waarin de aanstellingskeuring wél toelaatbaar is. De regering bleef aanvankelijk bedenkingen houden bij het wetsvoorstel, omdat zelfregulering nog steeds werd gezien als de beste oplossing. Wel besloot de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in 1993 de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) te vragen of deze bereid zou zijn een bijdrage te leveren aan het tot stand brengen van een protocol voor aanstellingskeuringen.¹⁵ Dit heeft uiteindelijk geleid tot het Protocol Aanstellingskeuringen (PAK) dat op 1 januari 1996 in werking is getreden. Het PAK kwam in grote lijnen overeen met de huidige Wmk, maar betrof geen bindende regeling.¹⁶ In april 1996 liet de regering weten dat het aantal aanstellingskeuringen bleef toenemen. Kennelijk had het PAK dus niet het gewenste effect gesorteerd. De regering was bovendien vastbesloten om de privatisering van de Ziektewet verder door te zetten. De verwachting was dat dit de neiging tot risicoselectie aan de poort alleen nog maar verder zou versterken. Om deze mogelijke ontwikkeling tegen te gaan, kwam er alsnog regeringssteun voor het wetsvoorstel van Kohnstamm.¹⁷ Op 5 juli 1997 werd het wetsvoorstel aangenomen en op 1 januari 1998 trad de Wmk in werking.¹⁸

2.2 Doelstellingen van de Wmk

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de Wmk tot doel heeft de rechtspositie van de keurling te versterken.¹⁹ Hoewel dit niet eenduidig uit de parlementaire stukken kan worden afgeleid, lijkt deze hoofddoelstelling vervolgens uiteen te vallen in de navolgende drie subdoelstellingen:

- I. het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid;
- II. het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling;
- III. het creëren van meer evenwicht in de ongelijke machtsverhouding tussen de werkgever en de keurling.

¹² *Kamerstukken II 1993/94*, 23259, nr. 7, p. 3 en 8.

¹³ *Kamerstukken II 1993/94*, 23259, nr. 7, p. 3.

¹⁴ *Kamerstukken II 1992/93*, 23259, nr. 1-3.

¹⁵ *Stb.* 2001, 598, p. 6.

¹⁶ A.C. Hendriks, *De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later. Omzien naar de Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 2002, p. 248.

¹⁷ *Kamerstukken II 1995/96*, 23259, nr. 18; p. 1; C.W.G. Rayer & I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 7; A.C. Hendriks, *De rechtspositie van de keurling – een kwart eeuw later. Omzien naar de Toekomst. 35 Jaar Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, 2002, p. 248.

¹⁸ *Stb.* 1997, 636.

¹⁹ *Kamerstukken II 1993/94*, 23259, nr. 7, p. 7; *Kamerstukken II 2011/12*, 33050, nr. 3, p. 1. Het wetsvoorstel voor de Wmk werd aangeduid als 'Voorstel van wet van het lid Kohnstamm houdende regels tot versterking van de rechtspositie van hen die een medische keuring ondergaan (Wet op de medische keuringen)'.

Deze subdoelstellingen worden hierna achtereenvolgens nader toegelicht, waarbij tevens wordt beschreven op welke wijze hieraan in de Wmk invulling is gegeven.

I. Het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid

Hoewel deze subdoelstelling niet zo expliciet in de toelichting op de Wmk wordt genoemd, kan uit de totstandkomingsgeschiedenis wel worden afgeleid dat de Wmk er mede toe strekt ongewenste risicoselectie door werkgevers tegen te gaan. Ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wmk was immers – zoals gezegd – een ontwikkeling gaande waarbij werkgevers de aanstellingskeuring steeds vaker gingen gebruiken als middel om werknemers te selecteren op hun gezondheid. Dit was het gevolg van de voortschrijdende privatisering van de ZW. Deze vorm van risicoselectie zorgde voor een tweedeling in de samenleving op grond van gezondheidstoestand of aanleg voor ziekteverzuim. De indiener van het wetsvoorstel voor de Wmk vond dat de overheid een verantwoordelijkheid had om deze tweedeling in de samenleving als negatief neveneffect van de privatisering van de ZW zoveel mogelijk weg te nemen.²⁰ De overheid diende te zorgen voor beleid dat gelijke kansen, gelijke behandeling en rechtswaarborgen biedt aan met name de zwakkeren – waaronder ook chronisch zieken en gehandicapten – voor toegang tot de arbeidsmarkt.²¹ Ongerechtvaardigde belemmeringen bij de toegang tot arbeid die als gevolg van risicoselectie ontstaan, dienden zoveel mogelijk te worden voorkomen.²²

Om risicoselectie zoveel mogelijk tegen te gaan, is in de Wmk opgenomen dat de aanstellingskeuring alleen mag worden verricht indien aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het vlak van de medische geschiktheid moeten worden gesteld. Onder medische geschiktheid voor de functie wordt begrepen de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de keurling en van derden bij de uitvoering van de arbeid.²³ Een aanstellingskeuring mag dus alleen van de sollicitant worden verlangd om vast te stellen of hij de functie waarnaar hij solliciteert kan uitoefenen zonder de eigen gezondheid of die van anderen in gevaar te brengen. Daarbij geldt dat een aanstellingskeuring alleen is toegestaan, wanneer de risico's voor de gezondheid en veiligheid niet met gangbare maatregelen kunnen worden gereduceerd.²⁴ Op die manier wordt de sollicitant beschermd tegen onnodige keuringen. Verder moet de aard, inhoud en omvang van de keuring worden beperkt tot het doel waarvoor deze wordt verricht.²⁵ Standaardvragen en -onderzoeken die voor de beoordeling van de medische geschiktheid voor de betrokken functie niet relevant zijn, moeten worden vermeden.²⁶ Daarnaast geldt dat de keuring enkel mag worden uitgevoerd aan het einde van het selectieproces.²⁷ De werkgever moet dan al – onder voorbehoud van de keuring – hebben besloten of hij de

²⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 23259, nr. 13, p. 1. In de parlementaire behandeling van de Wulbz werd overwogen dat de inzet van aanstellingskeuringen ten behoeve van risicoselectie moest worden gezien als een onontkoombaar neveneffect van zowel de ontwikkelingen in het bedrijfsleven als de Wulbz. Zie: *Kamerstukken II 1995/96*, 24439, nr. 3, p. 44.

²¹ *Kamerstukken II 1995/96*, 23259, nr. 17, p. 1 en 5.

²² *Kamerstukken II 1993/94*, 23259, nr. 7, p. 7.

²³ Art. 4 lid 1 Wmk.

²⁴ Art. 3 lid 1 Besluit aanstellingskeuringen.

²⁵ Art. 2 Wmk.

²⁶ *Kamerstukken II 1993/94*, 23259, nr. 7, p. 3.

²⁷ Art. 4 lid 2 Wmk.

desbetreffende sollicitant wil aannemen. Zodoende wordt voorkomen dat andere dan medische overwegingen achter de keuring schuilgaan.²⁸

II. Het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling

De subdoelstelling die in de parlementaire geschiedenis en in de wettekst zelf het meest expliciet naar voren komt, betreft de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling.²⁹ Deze doelstelling kwam voort uit het feit dat een sollicitant met een aanstellingskeuring door een potentiële werkgever wordt verplicht zich aan een medische keuring te onderwerpen waarmee zeer privacygevoelige informatie over hem wordt verkregen.

Teneinde onnodige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling zoveel mogelijk te voorkomen, bevat de Wmk een aantal waarborgen. Een van deze waarborgen betreft de geheimhoudingsplicht van de keurend arts.³⁰ De wetgever achtte het niet wenselijk dat medische gegevens in organisaties aan andere personen dan de keurend arts bekend kunnen worden.³¹ Privacyoverwegingen hebben er bovendien toe geleid dat het verstrekken van informatie aan de werkgever dient te worden beperkt tot het strikt noodzakelijke.³² Dit betekent dat niet voor het doel van de keuring ter zake doende gegevens niet mogen worden verstrekt.³³ Ook is in de Wmk opgenomen dat het anderen dan de keurend arts – waaronder de werkgever – niet is toegestaan om vragen te stellen dan wel anderszins inlichtingen in te winnen over de gezondheidstoestand of het ziekteverzuim van de sollicitant.³⁴

In de Wmk is voorts uitdrukkelijk neergelegd dat bij een aanstellingskeuring geen vragen worden gesteld en geen medische onderzoeken worden verricht die een onevenredige inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer van de keurling.³⁵ Voor medische onderzoeken zijn in dit kader enkele concrete beperkingen vastgelegd. De wetgever achtte dit noodzakelijk omdat modern geneeskundig onderzoek kennis kan opleveren die voor de keurling zeer verstrekkende gevolgen kan hebben. Het is volgens de wetgever onwenselijk dat een keurling als gevolg van een medisch onderzoek ten behoeve van een derde (de werkgever) wordt geconfronteerd met ernstig belastende kennis met betrekking tot zijn gezondheid en daarmee met een ernstig probleem voor zijn verdere leven.³⁶ Derhalve bepaalt de Wmk expliciet dat in ieder geval geen specifiek gericht onderzoek mag worden gedaan naar a) kennis over de kans op een ernstige ziekte die ongeneeslijk is of waarvan de ontwikkeling niet kan worden voorkomen of in evenwicht gehouden, en b)

²⁸ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 7.*

²⁹ Hendriks stelt zich op het standpunt dat de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling de primaire doelstelling van de Wmk betreft. In mijn optiek kan uit de parlementaire geschiedenis evenwel geen rangorde in doelstellingen worden afgeleid. Zie: A.C. Hendriks, *Gelijke toegang tot de arbeid voor gehandicapten*, Deventer: Wolters Kluwer 2000, p. 198-199.

³⁰ Art. 10 lid 2 Wmk.

³¹ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 20.*

³² Art. 10 lid 3 Wmk.

³³ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 21.*

³⁴ Art. 4 lid 2 Wmk.

³⁵ Art. 3 lid 1 Wmk.

³⁶ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 8.*

kennis over een aanwezige ernstige ziekte die niet behandelbaar is en eerst op langere termijn manifest wordt.³⁷ Kennisname van dergelijke ziekten kan een levensperspectief ruïneren en een onredelijke inbreuk maken op het – ook in de WGBO erkende – recht om niet te weten.³⁸

III. Het creëren van meer evenwicht in de ongelijke machtsverhouding tussen werkgever en keurling

Aanstellingskeuringen vinden veelal niet, althans niet primair plaats in het belang van de sollicitant. Bovendien geschiedt het ondergaan van een dergelijke keuring niet op diens verzoek, maar op verzoek van de werkgever, en heeft de aanstellingskeuring veelal een min of meer gedwongen karakter.³⁹ Strikt genomen heeft de sollicitant de vrijheid om een aanstellingskeuring te weigeren. In de praktijk betekent dit echter dat hij waarschijnlijk wordt afgewezen voor de vacante positie. Daar komt nog bij dat arbeid nu eenmaal nodig is om in het levensonderhoud te kunnen voorzien. Gezien deze afhankelijkheidspositie van de keurling die – omdat het gaat om de precontractuele fase – bovendien nog een arbeidsovereenkomst moet verkrijgen, en de belangen van de werkgever bij de aanstellingskeuring, was een speciale bescherming voor de keuringssituatie volgens de indiener van het wetsvoorstel gewenst.⁴⁰ De Wmk diende deze bescherming te bieden door meer evenwicht te brengen in de ongelijke machtsverhouding tussen de werkgever en de sollicitant.⁴¹ Aan deze subdoelstelling is uitvoering gegeven door de keurling verschillende rechten toe te kennen. Deze heeft allereerst recht op informatie over het doel van de keuring, de vragen die over zijn gezondheid zullen worden gesteld en de medische onderzoeken die zullen worden verricht.⁴² Voorts heeft hij het recht medewerking te weigeren aan een keuring of een onderdeel daarvan indien deze niet in overeenstemming is met de Wmk.⁴³ Redenen kunnen derhalve bijvoorbeeld zijn gelegen in overschrijding van de doelbeperking, ongeoorloofde onderzoeken of vragen, of het niet-verstrekken van de vereiste informatie.⁴⁴ Het opnemen van een dergelijk recht in de Wmk gaf volgens de wetgever niet alleen duidelijk de positie van de keurling ten opzichte van de keuring aan, maar is met name ook van belang omdat de keuring plaatsvindt in een precontractuele situatie waarin vaak niet helder is over welke rechten de keurling beschikt.⁴⁵ Een derde bescherming van de keurling is gelegen in het recht op een herkeuring. Het recht op herkeuring bestaat wanneer aan de keuring een negatieve gevolgtrekking dan wel een positieve gevolgtrekking onder bepaalde beperkingen wordt verbonden.⁴⁶ Tot slot heeft de keurling de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij een onafhankelijke klachtencommissie.⁴⁷ Het betreft een lichtere procedure dan de gang naar de rechter die soms tot een oplossing kan leiden of de keurling genoegdoening kan verschaffen.⁴⁸

³⁷ Art. 3 lid 2 Wmk.

³⁸ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 8.* Komen bij een keuring evenwel behandelbare ziekten tevoorschijn, dan is het in het voordeel van de keurling daarvan op de hoogte te komen omdat in het algemeen eerdere behandeling tot betere resultaten leidt.

³⁹ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 17.*

⁴⁰ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 2 en 5.*

⁴¹ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 9.*

⁴² Art. 8 Wmk.

⁴³ Art. 11 Wmk.

⁴⁴ *Kamerstukken II 1995/96, 23259, nr. 13, p. 28.*

⁴⁵ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 21.*

⁴⁶ Art. 12 Wmk.

⁴⁷ Art. 13 Wmk.

⁴⁸ *Kamerstukken II 1993/94, 23259, nr. 7, p. 21.*

2.3 Doelstellingen van de Wmk anno 2022

De eerste subdoelstelling van de Wmk – het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid – komt voort uit de ontwikkeling dat werkgevers de aanstellingskeuring in de vorige eeuw steeds vaker zijn gaan inzetten als middel om hun werknemers te selecteren op hun gezondheid. De stapsgewijze privatisering van de Ziektewet heeft deze ontwikkeling in een stroomversnelling doen komen. Werkgevers hoopten door het gebruik van aanstellingskeuringen het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico binnen hun bedrijf zo klein mogelijk te houden. Waar werkgevers destijds het loon van een zieke werknemer nog slechts 52 weken hoefden door te betalen, hebben werkgevers thans een loondoorbetalingsplicht van 104 weken.⁴⁹ Gedurende deze termijn is de werkgever tevens gehouden zich in te spannen voor de re-integratie van de werknemer.⁵⁰ Is er sprake van onvoldoende re-integratie-inspanningen, dan kan de loondoorbetalingsplicht met maximaal 52 weken worden verlengd tot 156 weken.⁵¹ De verplichtingen op het vlak van ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn voor de werkgever na de inwerkingtreding van de Wmk dus alleen nog maar verder toegenomen. De noodzaak om werknemers te beschermen tegen risicoselectie op basis van gezondheid is derhalve vandaag de dag nog steeds relevant. Werkgevers proberen hun ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico tegenwoordig echter zoveel mogelijk te beperken door gebruik te maken van tijdelijke arbeidscontracten. Dit biedt werkgevers enerzijds de mogelijkheid om de duur van een eventuele loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte te beperken,⁵² en anderzijds de gelegenheid om gedurende het tijdelijke dienstverband alsnog een medische keuring te laten uitvoeren. De Wmk staat aan dergelijke keuringen niet in de weg, nu deze wet alleen van toepassing is op keuringen bij het aangaan of wijzigen van een arbeidsovereenkomst.⁵³ De vraag waarom de werkingssfeer geen medische keuringen tijdens dienstverband omvat, anders dan bij wijziging van de arbeidsovereenkomst, wordt in de parlementaire geschiedenis niet beantwoord. Men kan zich dan ook afvragen of de Wmk deze doelstelling in haar huidige vorm nog steeds bereikt (zie hierover nader hoofdstuk 6).

Ook de andere twee subdoelstellingen van de Wmk zijn anno 2022 nog relevant. De noodzaak om de persoonlijke levenssfeer en de lichamelijke integriteit van de keurling te beschermen kwam voort uit het feit dat sollicitanten met een aanstellingskeuring zeer privacygevoelige informatie over zichzelf moesten verstrekken. Door de afhankelijkheidspositie waarin de sollicitant ten opzichte van zijn potentiële werkgever

⁴⁹ Art. 7:629 lid 1 BW. De Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) heeft de loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte uitgebreid van zes naar 52 weken in 1996 (*Stb.* 1996, 134). Bij de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte uit 2004 is deze termijn nog eens verhoogd van 52 naar 104 weken (*Stb.* 2003, 555).

⁵⁰ Art. 7:658a BW.

⁵¹ Art. 7:629 lid 11 BW. Deze mogelijkheid is geïntroduceerd bij de Wet verbetering poortwachter van 29 november 2001 (*Stb.* 2001, 628).

⁵² De loondoorbetalingsplicht stop immers wanneer het arbeidscontract afloopt. Vanaf dat moment kan de werknemer aanspraak maken op een Ziektewetuitkering.

⁵³ Art. 1 onder a Wmk. Ook keuringen ten behoeve van detachering of uitzending, al dan niet op verzoek van de inlener, vallen derhalve niet onder de reikwijdte van de Wmk. De werknemer heeft immers een arbeidsovereenkomst met het detacheringsbureau/uitzendbureau en die hoeft niet te worden gewijzigd bij verandering van inlener. Dit ligt bij uitzendarbeid mogelijk wel anders wanneer in de uitzendovereenkomst een zogenoemd 'uitzendbeding' is opgenomen en de werknemer nog geen 26 weken arbeid heeft verricht.

verkeerde, had deze niet de vrijheid om het ondergaan van een aanstellingskeuring te weigeren. Er is geen reden om te veronderstellen dat een sollicitant deze vrijheid vandaag de dag wel voelt. Sollicitanten hebben doorgaans weinig onderhandelingsruimte. Dit is mogelijk slechts anders in sectoren waarin sprake is van een groot personeelstekort.

Conclusies

De Wmk heeft tot doel de rechtspositie van de keurling te versterken. Hoewel dit niet eenduidig uit de parlementaire stukken kan worden afgeleid, lijkt deze hoofddoelstelling vervolgens uiteen te vallen in de navolgende drie subdoelstellingen:

- I. het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid;
- II. het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling;
- III. het creëren van meer evenwicht in de ongelijke machtsverhouding tussen de werkgever en de keurling.

Deze doelstellingen van de Wmk zijn anno 2022 nog steeds relevant. Werkgevers proberen het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico binnen hun bedrijf nog steeds zoveel mogelijk te beperken, zij het dat dit thans meer gebeurt door het gebruik van flexibele arbeidscontracten. Flexibele arbeidscontracten bieden werkgevers niet alleen de mogelijkheid om een eventuele loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte te beperken, maar ook de gelegenheid om gedurende het tijdelijke dienstverband alsnog een medische keuring te laten uitvoeren. De Wmk staat aan dergelijke keuringen niet in de weg. Men kan zich dan ook afvragen of de Wmk de subdoelstelling die strekt tot het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid in haar huidige vorm nog steeds kan bereiken.

3. De Wet op de medische keuringen in verhouding tot aanverwante wet- en regelgeving

In dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op deelvraag 2 en 3: **Welke nadien tot stand gekomen en toekomstige wet- en regelgeving raakt aan/overlapt deels met de doelstellingen van de Wmk? En wat is de aanvullende waarde van de Wmk ten opzichte van andere wetten die dezelfde of soortgelijke doelen beogen?**

3.1 Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO)

Hoewel dit onderzoek zich richt op na de Wmk tot stand gekomen wet- en regelgeving, kan de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) in een onderzoek over de positie van de Wmk binnen de context van het juridisch raamwerk niet onbesproken blijven. De WGBO was ten tijde van de indiening van het wetsvoorstel voor de Wmk reeds bij de Tweede Kamer in behandeling. Met de invoering van de WGBO zou een wettelijke regeling tot stand worden gebracht voor de contractuele rechtsverhouding tussen de hulpverlener en de patiënt. Tot dan toe werden de rechten van de patiënt ten opzichte van de hulpverlener vooral bepaald door voorwaarden en gedragsregels die door de hulpverlener waren bedongen. Aangezien patiënten doorgaans in sterke mate afhankelijk zijn van hun hulpverleners, werd een wettelijke regeling noodzakelijk geacht. Aangenomen werd dat zonder wettelijke regeling geen algemeen aanvaard evenwicht van rechten en verplichtingen van de hulpverlener en de patiënt zou ontstaan. Met de WGBO wordt dan ook beoogd de rechtspositie van de patiënt te versterken.⁵⁴ De WGBO trad in werking op 1 april 1995 en is thans als bijzondere overeenkomst van opdracht opgenomen in titel 7, afdeling 5 van boek 7 BW.⁵⁵

In het geval van een aanstellingskeuring is er geen sprake van een geneeskundige behandelingsovereenkomst. Medische keuringen, in opdracht van een ander dan de keurling, met het oog op het aangaan van een arbeidsverhouding zijn expliciet uitgezonderd van de reikwijdte van het begrip 'geneeskundige behandelingsovereenkomst'.⁵⁶ Dit betekent echter niet dat de WGBO niet relevant is voor de aanstellingskeuring. De regels uit de WGBO zijn namelijk via een schakelbepaling op de aanstellingskeuring van overeenkomstige toepassing verklaard 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet'.⁵⁷ Dit betekent dat de bepalingen in de WGBO – voor een groot deel – ook bescherming bieden aan de sollicitant die een aanstellingskeuring dient te ondergaan. Zo heeft de sollicitant op grond van de WGBO het recht op inzage in zijn dossier,⁵⁸ het recht om de gegevens uit het dossier te laten vernietigen,⁵⁹ alsmede het recht om zelf te beslissen of de uitslag van de medische keuring aan de werkgever wordt meegedeeld.⁶⁰

⁵⁴ *Kamerstukken II 1989/90*, 21561, nr. 3, p. 6.

⁵⁵ *Stb.* 1994, 838.

⁵⁶ Art. 7:446 lid 4 BW.

⁵⁷ Art. 7:464 lid 1 BW. Het beoordelen van iemands gezondheidstoestand – waar het bij een aanstellingskeuring om gaat – wordt beschouwd als 'handelingen op het gebied van de geneeskunst'. Zie: art. 7:446 lid 2 BW.

⁵⁸ Art. 7:456 BW.

⁵⁹ Art. 7:455 lid 1 BW.

⁶⁰ Art. 7:464 lid 2 onder b BW.

Alvorens het wetsvoorstel voor de Wmk in te dienen, heeft de indiener zich afgevraagd of de WGBO de keurling al voldoende rechtsbescherming bood. Naar het oordeel van de indiener was dit niet het geval. De WGBO bevat namelijk geen bepalingen omtrent het doel, de noodzaak en het moment van de aanstellingskeuring. Ook kent de WGBO geen weigeringsrecht of recht op herkeuring, en worden er geen beperkingen verbonden aan het stellen van gezondheidsvragen en het verrichten van medische onderzoeken. De Wmk bevat derhalve bepalingen die de rechtsbescherming van de WGBO moeten aanvullen en wordt door de wetgever beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de WGBO.⁶¹ Er is naar gestreefd de Wmk zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de WGBO en daarin alleen die rechten op te nemen waar de WGBO niet in voorziet.⁶² Zo vloeit uit de WGBO voort dat de keurend arts alleen met toestemming van de sollicitant inlichtingen over of inzage in de uitkomsten van de medische keuring mag verstrekken aan de werkgever.⁶³ De Wmk bevestigt dat de keurend arts een geheimhoudingsplicht heeft en specificceert deze vervolgens door aan te geven dat de keurend arts aan de werkgever niet meer mag meedelen dan voor het doel van de keuring noodzakelijk is.⁶⁴ Zodoende biedt de Wmk de sollicitant aanvullende rechtsbescherming.

De meerwaarde van de Wmk ten opzichte van de WGBO schuilt echter niet alleen in de extra waarborgen tijdens en na de aanstellingskeuring. De Wmk zorgt er namelijk ook voor dat het laten uitvoeren van een aanstellingskeuring slechts in beperkte gevallen is toegestaan, namelijk wanneer aan de functie bijzondere eisen op het vlak van medische geschiktheid moeten worden gesteld. De WGBO kent dergelijke beperkingen niet en komt pas om de hoek kijken wanneer er eenmaal een aanstellingskeuring is of wordt uitgevoerd.

3.2 Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)

Doordat tijdens de aanstellingskeuring persoonsgegevens van de sollicitant worden verwerkt, is ook de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van belang. De verwerking van persoonsgegevens werd aanvankelijk gereguleerd door de Europese Richtlijn 95/46/EG en de daarop gebaseerde Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).⁶⁵ De Richtlijn is inmiddels ingetrokken en vervangen door de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), die per 25 mei 2018 van kracht is geworden.⁶⁶ Ook de Wbp is daarom komen te vervallen. De AVG is rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde. Omdat de AVG evenwel op sommige punten nog steeds nationale wetgeving vereist of toelaat, is in Nederland de Uitvoeringswet AVG (UAVG) vastgesteld.⁶⁷ De AVG heeft tot doel de grondrechten en de fundamentele

⁶¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23259, nr. 7, p. 6.

⁶² *Kamerstukken II* 1993/94, 23259, nr. 7, p. 6-7.

⁶³ Art. 7:457 lid 1 BW.

⁶⁴ Art. 10 lid 3 Wmk.

⁶⁵ Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens; *Stb.* 2000, 302.

⁶⁶ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

⁶⁷ *Stb.* 2018, 144.

vrijheden van natuurlijke personen te beschermen, waarbij met name wordt gedacht aan het recht op bescherming van persoonsgegevens.⁶⁸

Blijkens art. 2 lid 1 AVG is de verordening van toepassing op 'de geheel of gedeeltelijk geautomatiseerde verwerking, alsmede op de verwerking van persoonsgegevens die in een bestand zijn opgenomen of die bestemd zijn om daarin te worden opgenomen'. Voor de reikwijdte van de AVG zijn derhalve met name de begrippen 'verwerking' en 'persoonsgegevens' van belang. Wat onder het begrip 'verwerking' moet worden verstaan, is in art. 4 onder 2 AVG nader toegelicht. Het betreft in feite iedere handeling die een persoonsgegeven doormaakt vanaf het moment van verzamelen tot aan het moment van vernietiging. De AVG geeft een niet-limitatieve lijst van de handelingen die als verwerking moeten worden aangemerkt: 'verzamelen, vastleggen, ordenen, structureren, opslaan, bijwerken of wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiden of op andere wijze ter beschikking stellen, aligneren of combineren, afschermen, wissen of vernietigen van gegevens'.

Het begrip 'persoonsgegevens' wordt in art. 4 onder 1 AVG gedefinieerd als 'alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon'. Tijdens het sollicitatieproces verkrijgt de werkgever dergelijke persoonsgegevens van de sollicitant. In dit kader is relevant dat binnen de systematiek van de AVG onderscheid wordt gemaakt tussen 'gewone' en 'bijzondere' persoonsgegevens. Gewone persoonsgegevens zijn alle persoonsgegevens die niet kwalificeren als bijzondere persoonsgegevens. Voorbeelden hiervan zijn de naam, het adres en de woonplaats van de sollicitant.⁶⁹ De bijzondere persoonsgegevens worden limitatief opgesomd in art. 9 lid 1 AVG. Hierbij gaat het om persoonsgegevens die specifieke bescherming nodig hebben omdat deze in de context van verwerking ervan significante risico's kunnen meebrengen voor de grondrechten en fundamentele vrijheden. Onderdeel van deze bijzondere persoonsgegevens zijn de 'gegevens over gezondheid'.⁷⁰ Hiermee wordt bedoeld 'persoonsgegevens die verband houden met de fysieke of mentale gezondheid van een natuurlijke persoon, waaronder gegevens over verleende gezondheidsdiensten waarmee informatie over zijn gezondheidstoestand wordt gegeven'.⁷¹ In overweging 35 van de preambule van de AVG is aangegeven dat hiervan onder meer sprake is bij informatie over ziekte, handicap, ziekterisico, medische voorgeschiedenis, klinische behandeling of de fysiologische of biomedische staat van de betrokkene. Ingevolge art. 9 lid 1 AVG geldt als uitgangspunt dat het verwerken van gegevens over gezondheid niet is toegestaan.

Tijdens een aanstellingskeuring worden door middel van het stellen van vragen of het verrichten van medisch onderzoek gegevens over de gezondheid van een sollicitant verkregen. Een aanstellingskeuring valt derhalve onder het verbod op het verwerken van gezondheidsgegevens, mits de gegevens (gedeeltelijk)

⁶⁸ Art. 1 lid 2 AVG.

⁶⁹ D.J.A. Vesters, 'De AVG in het sollicitatieproces, een goed begin is het halve werk', *TRA* 2019/26, afl. 3, p. 8.

⁷⁰ Overweging 51 van de preambule van de AVG.

⁷¹ Art. 4 lid 15 AVG.

geautomatiseerd worden verwerkt of worden opgenomen in een bestand.⁷² Wanneer een werkgever mondeling gezondheidsvragen stelt aan een sollicitant, is de AVG dus niet meteen van toepassing. Een puur mondelinge overdracht van gegevens is geen verwerking van persoonsgegevens.⁷³ Ook wanneer de werkgever hier een aantekening over maakt op een los blaadje dat bijvoorbeeld na het sollicitatiegesprek wordt weggegooid, is van verwerking nog geen sprake. Pas wanneer een dergelijke aantekening handmatig of elektronisch wordt opgenomen in een dossier, vindt verwerking van persoonsgegevens plaats in de zin van de AVG. Zonder art. 4 lid 2 Wmk waarin de werkgever wordt verboden vragen te stellen of anderszins inlichtingen in te winnen over de gezondheidstoestand of het ziekteverzuim van de sollicitant, zou het stellen van gezondheidsvragen door de werkgever dus niet te allen tijde verboden zijn.

Wanneer de AVG wél op de aanstellingskeuring van toepassing is, geldt dus het uitgangspunt dat het verwerken van de gegevens over de gezondheid van de sollicitant niet is toegestaan. Dit verbod is echter niet absoluut. Art. 9 lid 2 AVG formuleert een aantal uitzonderingen op basis waarvan verwerking van deze gegevens toch geoorloofd kan zijn. Blijkens art. 9 lid 2 onder h AVG is het verbod niet van toepassing wanneer verwerking noodzakelijk is voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer. Nu de aanstellingskeuring wordt verricht met het oog op de medische eisen die aan een bepaalde functie worden gesteld,⁷⁴ en aldus dient voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid van de werknemer, kan de verwerking van gezondheidsgegevens in het kader van een aanstellingskeuring op deze uitzonderingsgrond worden gerechtvaardigd. Voorwaarde is wel dat de gegevens worden verwerkt door of onder verantwoordelijkheid van iemand met een geheimhoudingsplicht.⁷⁵ Aan deze voorwaarde is voldaan doordat een aanstellingskeuring op grond van de Wmk uitsluitend mag worden uitgevoerd door een bedrijfsarts die verplicht is tot geheimhouding.⁷⁶ Werkgevers die zelf gezondheidsvragen stellen aan sollicitanten en deze vervolgens vastleggen (waardoor sprake is van verwerking), kunnen dus geen beroep doen op deze rechtvaardigingsgrond.

Een andere voorwaarde is dat er een wettelijke grondslag voorhanden moet zijn die het verwerken van gezondheidsgegevens voor de beoordeling van de arbeidsgeschiktheid toestaat. De wetgever heeft aan art. 9 lid 2 onder h AVG uitvoering gegeven in art. 30 UAVG, maar in deze bepaling wordt niets geregeld voor de aanstellingskeuring. In de toelichting op art. 30 UAVG is echter benadrukt dat die bepaling geen uitputtende regeling bevat en even later wordt gewezen op bijzondere wetten over de verwerking van

⁷² Art. 2 lid 1 AVG.

⁷³ Zie ook: B.W. Schermer, D. Hagenauw & N. Falot, *Handleiding Algemene verordening gegevensbescherming en Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming*, Den Haag: Ministerie van Justitie en Veiligheid 2018, p. 28. Te raadplegen via: <https://open.overheid.nl/repository/ronl-dd12795b-eea8-4e23-b552-96ef285cb9ad/1/pdf/Handleiding%20Algemene%20verordening%20gegevensbescherming.pdf>.

⁷⁴ Art. 4 lid 1 Wmk.

⁷⁵ Art. 9 lid 3 AVG.

⁷⁶ Art. 10 lid 2 Wmk jo. art. 3 lid 1 Besluit aanstellingskeuringen. Art. 30 lid 3 UAVG – waarin uitvoering is gegeven aan art. 9 lid 2 onder h AVG – noemt de bedrijfsarts niet. Uit de parlementaire behandeling van de AVG blijkt echter dat de Wmk als bijzondere wet over de verwerking van gezondheidsgegevens door werkgevers van kracht blijven. Zie: *Kamerstukken II* 2017/18, 34851, nr. 3, p. 110.

gezondheidsgegevens, waaronder de Wmk.⁷⁷ De wetgever lijkt daarmee aan te geven dat de Wmk een wettelijke grondslag verschaft voor het verwerken van gezondheidsgegevens in het kader van een aanstellingskeuring. Het gevolg hiervan zou zijn dat een aanstellingskeuring die niet in lijn is met de voorschriften uit de Wmk, tevens een inbreuk maakt op de AVG. Immers: de verwerking van gezondheidsgegevens kan in dat geval niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de wet. Het is echter de vraag of de Wmk inderdaad kan worden aangemerkt als de relevante wettelijke grondslag. Op zich volgt uit de Wmk dat aanstellingskeuringen zijn toegestaan indien aan de vervulling van de functie bijzondere eisen op het punt van medische geschiktheid moeten worden gesteld. Daarmee lijkt de inzet van aanstellingskeuringen – onder voorwaarden – te worden gelegitimeerd, waarbij geldt dat de verkregen keuringsgegevens niet voor andere doeleinden mogen worden gebruikt. Een andere lezing behelst dat de Wmk op zichzelf aanstellingskeuringen niet legitimeert, maar slechts aan beperkingen onderwerpt. In dat geval kan mogelijk de WGBO als wettelijke grondslag worden gezien. Uit de WGBO volgt namelijk dat de keurend arts een dossier moet bijhouden waarin hij de gezondheidsgegevens van de sollicitant verwerkt.⁷⁸ Voor beide lezingen valt iets te zeggen.

Voor wat betreft de waarborgen voor de sollicitant is er overlap tussen de Wmk en de AVG. Beide regelingen brengen mee dat de aanstellingskeuring moet worden beperkt tot het doel waarvoor zij wordt verricht en dat de daaruit voortkomende gezondheidsgegevens alleen voor dit doel mogen worden gebruikt.⁷⁹ Ook volgt uit zowel de Wmk als de AVG dat het doel waarvoor de aanstellingskeuring wordt verricht uitdrukkelijk door de werkgever moet worden vastgelegd⁸⁰ en aan de sollicitant moet worden medegedeeld.⁸¹ De Wmk kleurt de bepalingen uit de AVG als het ware nader in door aan te geven dat een aanstellingskeuring alleen mag worden verricht om vast te stellen of de sollicitant de functie waarnaar hij solliciteert kan uitoefenen zonder de eigen gezondheid of die van anderen in gevaar te brengen.⁸² Voor het overige is de overlap tussen de Wmk en de AVG beperkt. Beide regelingen schrijven weliswaar voor dat de werkgever de sollicitant moet informeren over diens rechten,⁸³ maar de rechten zelf lopen uiteen. De AVG verschaft de keurling onder meer het recht op inzage en rectificatie,⁸⁴ terwijl de Wmk bijvoorbeeld een weigeringsrecht en een recht op herkeuring bevat.⁸⁵ Opgemerkt wordt dat de AVG op zijn beurt weer overlap heeft met de WGBO, waarin eveneens rechten voor de keurling zijn neergelegd (zie par. 3.1).

⁷⁷ *Kamerstukken II 2017/18*, 34851, nr. 3, p. 110.

⁷⁸ Art. 7:454 lid 1 BW.

⁷⁹ Art. 2 Wmk en art. 5 lid 1 onder b en c AVG.

⁸⁰ Art. 8 lid 1 Wmk en art. 5 lid 1 onder b AVG.

⁸¹ Art. 8 lid 2 Wmk en art. 13 lid 1 onder c AVG.

⁸² Art. 2 Wmk jo. art. 4 Wmk.

⁸³ Art. 8 lid 2 Wmk en art. 13 lid 2 onder b t/m d AVG.

⁸⁴ Art. 13 lid 2 onder b t/m d AVG.

⁸⁵ Art. 12 Wmk.

3.3. Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz)

De Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte (Wgbh/cz) is op 1 december 2003 in werking getreden.⁸⁶ Met de invoering van deze wet werd mede uitvoering gegeven aan de Europese Kaderrichtlijn.⁸⁷ De Wgbh/cz heeft tot doel discriminatie vanwege handicap of chronische ziekte te bestrijden en gelijke behandeling van mensen met een handicap of chronische ziekte te bevorderen.⁸⁸ Een daartoe strekkende wet was volgens de wetgever nodig, omdat mensen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met niet-gehandicapte mensen veelal in een ongunstige positie verkeren. Met name op het terrein van arbeid bleek discriminatie relatief vaak voor te komen.⁸⁹ Vooroordelen, generaliserende beelden en stereotypen leidden ertoe dat gehandicapten en chronisch zieken bij voorbaat op een andere wijze werden benaderd dan mensen zonder deze beperkingen. Daarnaast zagen zij zich veelal geconfronteerd met een omgeving die onvoldoende is aangepast.⁹⁰ Met de Wgbh/cz wordt derhalve beoogd mensen met een handicap of chronische ziekte rechtsmiddelen te geven zodat zij zich kunnen verweren tegen ongelijke behandeling,⁹¹ feitelijke belemmeringen voor mensen met een handicap of chronische ziekte weg te nemen,⁹² alsmede maatschappelijke bewustwording te bevorderen teneinde sociale uitsluiting van mensen met een handicap of chronische ziekte tegen te gaan.⁹³

Zowel de Wmk als de Wgbh/cz heeft dus in feite tot doel selectie op irrelevante functionele beperkingen en vooroordelen ten aanzien van toekomstig ziekteverzuim te voorkomen. Het toepassingsbereik van de Wgbh/cz is echter beperkt tot discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte. De begrippen 'handicap' en 'chronische ziekte' zijn in de wet of de toelichting daarop bewust niet gedefinieerd. De wetgever achtte een sluitende definitie van deze begrippen niet noodzakelijk of wenselijk.⁹⁴ Of iemand belemmeringen ondervindt wegens handicap of chronische ziekte, is namelijk ook afhankelijk van de context waarbinnen iemand functioneert.⁹⁵ Bovendien zijn deze begrippen volgens de wetgever in het algemeen spraakgebruik voldoende duidelijk.⁹⁶ Ook in de Kaderrichtlijn worden op dit punt geen definities gegeven. Daarbij valt op dat de Kaderrichtlijn enkel spreekt over het begrip 'disability', hetgeen in het Nederlands wordt vertaald met 'handicap'. Volgens de Nederlandse wetgever omvat dit begrip echter zowel 'handicap' als 'chronische ziekte'.⁹⁷ Het verschil tussen deze termen is dat een handicap in beginsel onomkeerbaar is, terwijl een chronische ziekte weliswaar langdurig van aard is, maar niet noodzakelijkerwijs permanent.⁹⁸ Het Hof van

⁸⁶ *Stb.* 2003, 206.

⁸⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 6-7; Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep.

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 1.

⁸⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 1.

⁹⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 5.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 5.

⁹² *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 6.

⁹³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 6.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 9 en 24; *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 5, p. 16.

⁹⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 9.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 24; *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 5, p. 16.

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 9.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 24; *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 5, p. 16.

Justitie heeft het begrip 'disability' in verschillende arresten uitgelegd.⁹⁹ Hieruit blijkt dat niet iedere ziekte onder de reikwijdte van de Kaderrichtlijn valt. Hiervoor is nodig dat het a) een langdurige beperking betreft die het gevolg is van lichamelijke, geestelijke of psychische aandoeningen en b) die de volledige deelneming van de betrokkene aan het beroepsleven belemmert. Het gevolg van de beperkte reikwijdte van de Kaderrichtlijn en de Wgbh/cz is dat deze regelgeving niet op alle aanstellingskeuringen van toepassing is. Van een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk kan immers ook sprake zijn wanneer de sollicitant geen handicap of chronische ziekte heeft. Het toepassingsbereik van de Wmk is daarmee – voor zover het de precontractuele fase betreft – ruimer dan het toepassingsbereik van de Wgbh/cz.¹⁰⁰ Ook een sollicitant zonder handicap of chronische ziekte kan aan de Wmk rechtsbescherming ontleenen.

In de praktijk kunnen zich situaties voordoen waarin de Wmk en de Wgbh/cz tegelijkertijd toepassing vinden. Volgens de memorie van toelichting bij de Wgbh/cz is de samenhang met de Wmk zorgvuldig gezien en staat buiten twijfel dat met deze wet geen inbreuk wordt gemaakt op de bescherming die de Wmk biedt.¹⁰¹ De gedachte van de wetgever is dat de Wgbh/cz juist kan bijdragen aan extra rechtsbescherming tegen oneigenlijk gebruik van een aanstellingskeuring. Een werkgever die besluit tot een medische keuring over te gaan en/of daarna alsnog tot afwijzing van de sollicitant overgaat, moet in voorkomende gevallen namelijk aantonen dat hij ook de gelijkebehandelingsnorm uit de Wgbh/cz niet heeft overtreden.¹⁰² Wanneer een werkgever bijvoorbeeld besluit een sollicitant vanwege handicap of chronische ziekte aan een aanstellingskeuring te onderwerpen, dan wel naar aanleiding van een aanstellingskeuring af te wijzen (omdat de sollicitant door handicap of chronische ziekte niet aan de functie-eisen kan voldoen), is er sprake van direct of indirect onderscheid in de zin van de Wgbh/cz.¹⁰³ In dat geval zal de werkgever zich moeten beroepen op een van de rechtvaardigingsgronden die de Wgbh/cz noemt. Daarbij ligt het voor de hand dat de werkgever zich op het standpunt stelt dat het maken van onderscheid noodzakelijk is ter bescherming van de veiligheid of gezondheid.¹⁰⁴ Een aanstellingskeuring mag immers alleen worden verricht op basis van bijzondere functie-eisen die strekken tot bescherming van de gezondheid en veiligheid van de keurling of derden die bij de arbeid betrokken zijn.¹⁰⁵ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt evenwel dat niet snel een beroep op deze rechtvaardigingsgrond kan worden gedaan. Het onderscheid moet namelijk 'noodzakelijk' zijn, hetgeen betekent dat de veiligheids- en gezondheidsrisico's niet door het treffen van maatregelen kunnen worden afgewend.¹⁰⁶ Art. 3 lid 1 Besluit aanstellingskeuringen bevat echter een soortgelijke bepaling waaruit volgt dat

⁹⁹ HvJEG 11 juli 2006, C-13/05 (*Navas/Eurest*); HvJEU 11 april 2013, C-336/11 (*HK Danmark*); HvJEU 18 december 2014, C-354/13 (*Kaltoft*); HvJEU 1 december 2016, C-395/15 (*Daouidi*); HvJEU 9 maart 2017, C-406/15 (*Milkova*).

¹⁰⁰ Wgbh/cz is niet alleen van toepassing op de precontractuele fase, maar ook op de fasen daarna. Zie: art. 4 Wgbh/cz.

¹⁰¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 26.

¹⁰² *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 35.

¹⁰³ Van direct onderscheid is sprake indien een persoon op grond van handicap of chronische ziekte op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt behandeld of zou worden behandeld. Van indirect onderscheid is sprake indien een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen met een handicap of chronische ziekte in vergelijking met andere personen bijzonder treft. Zie: art. 1 Wgbh/cz.

¹⁰⁴ Art. 3 lid 1 onder a Wgbh/cz. Het kan dan zowel gaan om veiligheids- en gezondheidsrisico's voor de gehandicapte of chronisch zieke, als personen in zijn of haar onmiddellijke omgeving. Zie: *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 31.

¹⁰⁵ Art. 4 lid 1 Wmk.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28169, nr. 3, p. 31.

een aanstellingskeuring alleen is toegestaan wanneer de risico's voor gezondheid en veiligheid niet met gangbare maatregelen kunnen worden gereduceerd. De Wmk en de Wgbh/cz sluiten op dit punt dan ook goed op elkaar. Derhalve kan worden aangenomen dat de Wgbh/cz in beginsel niet in de weg staat aan een aanstellingskeuring die in overeenstemming is met de Wmk.

Toch lijken de Wmk en de Wgbh/cz niet altijd even goed op elkaar aan te sluiten. De Commissie Gelijke Behandeling (CGB) heeft zich in het rapport 'Zonder vallen en opstaan' over de werking van de Wgbh/cz op het standpunt gesteld dat stroomlijning met de Wmk moeizaam is nu de Wmk een verbod bevat voor de werkgever tot het stellen van vragen of anderszins informeren naar de gezondheidstoestand of het ziekteverzuim van de sollicitant.¹⁰⁷ Het probleem is erin gelegen dat de Wgbh/cz voorschrijft dat de werkgever verplicht is om doeltreffende aanpassingen te verrichten teneinde een gehandicapte of chronische zieke werknemer in staat te stellen zijn werkzaamheden uit te voeren.¹⁰⁸ Om uitvoering te kunnen geven aan deze verplichting, zal het voor de werkgever duidelijk moeten zijn dat er behoefte is aan aanpassingen en welke aanpassingen in concreto gewenst zijn. Het vragen naar deze behoefte van de sollicitant kan echter worden aangemerkt als het vragen naar diens gezondheidstoestand en is derhalve niet toegestaan op grond van de Wmk.¹⁰⁹ De CGB heeft de wetgever daarom aanbevolen te onderzoeken hoe de Wmk zodanig op de Wgbh/cz kan worden afgestemd, dat vragen en onderzoek gericht op arbeidsparticipatie en aanpassingen niet onder het keuringsverbod van de Wmk vallen.¹¹⁰ Volgens de CGB richt strikte naleving van de Wmk zich tegen de belangen van sollicitanten met een handicap of chronische ziekte.¹¹¹ De wetgever heeft hierover in de memorie van toelichting bij de Wgbh/cz echter opgemerkt dat het aan de sollicitant is om kenbaar te maken dat hij aanpassingen nodig heeft. Het verbod in de Wmk ontslaat de sollicitant namelijk niet van zijn verplichting om mededelingen te doen die van belang zijn voor de vervulling van wezenlijke functie-eisen.¹¹² Dit kan dus ook de handicap of chronische ziekte betreffen, wanneer deze meebrengt dat de sollicitant daarvan (ernstige) belemmeringen zal ervaren bij het vervullen van de desbetreffende functie.¹¹³ Indien de werkgever vervolgens wil beoordelen of aanpassingen daadwerkelijk noodzakelijk zijn, en zo ja welke aanpassingen redelijk zijn, kan hij zich daarover laten adviseren door bijvoorbeeld de arbodienst. De arbodienst kan hiertoe een onderzoek verrichten dat niet wordt aangemerkt als een aanstellingskeuring en derhalve, aldus de wetgever, niet onder het bereik van de Wmk valt.¹¹⁴ De CKA heeft destijds – onder verwijzing naar deze overweging uit de memorie van toelichting – aangegeven zich niet in de kritiek van de

¹⁰⁷ *Zonder vallen en opstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008, p. 43-44.

¹⁰⁸ Art. 2 Wgbh/cz.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 28169, nr. 48a, p. 16.

¹¹⁰ *Zonder vallen en opstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008, p. 10.

¹¹¹ *Zonder vallen en opstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008, p. 44.

¹¹² Zie ook: CKA advies 2018-15; CKA advies 2017-28; CKA advies 2016-35; CKA advies 2013-25; CKA advies 2012-13.

¹¹³ *Kamerstukken II 2001/02*, 28169, nr. 3, p. 35.

¹¹⁴ *Kamerstukken II 2001/02*, 28169, nr. 3, p. 26. De werknemer is overigens blijkens de memorie van toelichting niet verplicht aan een dergelijk onderzoek mee te werken. Dit betekent evenwel dat de werkgever niet kan beoordelen of, en zo ja welke, aanpassingen nodig zijn. De werkgever die een sollicitant op deze grond niet aanstelt, maakt zich daarmee niet schuldig aan een schending van de gelijkebehandelingsnorm in de Wgbh/cz.

CGB te herkennen. Volgens de CKA vormt de Wmk juist een belangrijk instrument tegen uitsluiting van arbeidsgehandicapten en chronisch zieken, omdat zij risicoselectie op oneigenlijke gronden voorkomt. Voor zover de arbeid als gevolg van ziekte of handicap niet zonder aanpassingen kan worden verricht, ligt het – aldus de CKA – wel op de weg van de sollicitant om zulks aan de orde te stellen.¹¹⁵

Dit standpunt van de CKA lijkt terecht. Het verbod op het stellen van gezondheidsvragen door de werkgever heeft namelijk tot doel ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid tegen te gaan. Van ongewenste risicoselectie is sprake wanneer een werkgever een sollicitant afwijst op basis van irrelevante gezondheidskenmerken: de gezondheid van de sollicitant staat niet in de weg aan het vervullen van de functie waarvoor wordt gesolliciteerd. Wanneer een sollicitant wegens handicap of chronische ziekte niet in staat is om de functie waarvoor hij of zij solliciteert zonder aanpassingen te vervullen, dan is juist sprake van een relevant gezondheidskenmerk dat wél een rol mag spelen bij het selecteren van werknemers. Uiteraard geldt daarbij als voorwaarde dat geen discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte plaatsvindt. Hoewel het op het eerste gezicht iets gekks heeft dat de Wmk de werkgever enerzijds verbiedt om te vragen naar gezondheidsbeperkingen, terwijl de precontractuele redelijkheid en billijkheid anderzijds meebrengt dat de werknemer verplicht is hierover uit zichzelf mededeling te doen, lijkt de mededelingsplicht dus goed verenigbaar met de doelstellingen van de Wmk. Met het oog op de rechtsbescherming van de sollicitant is wel verdedigbaar dat aan die mededelingsplicht in beginsel pas uitvoering hoeft te worden gegeven aan het eind van het sollicitatietraject. Zodoende wordt – net als bij de aanstellingskeuring die alleen aan het eind van het selectieproces mag worden uitgevoerd – voorkomen dat andere dan medische overwegingen achter een eventuele afwijzing schuilgaan. Dit spanningsveld is overigens niet alleen aan de orde wanneer een aanstellingskeuring voor de desbetreffende functie niet is toegestaan. Een aanstellingskeuring mag uitsluitend worden verricht met het oog op bijzondere functie-eisen op het punt van medische geschiktheid, terwijl een handicap of chronische ziekte niet noodzakelijkerwijs in de weg hoeft te staan aan het vervullen van die bijzondere functie-eisen. Zo zal tijdens een aanstellingskeuring waarbij wordt beoordeeld of de sollicitant kleuren voldoende van elkaar kan onderscheiden niet noodzakelijkerwijs aan het licht komen dat hij wegens chronische rugklachten niet in staat is om acht uur per dag zittend werkzaamheden te verrichten.

3.4 Algemene wet gelijke behandeling (Awb), Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (Wgbm/v) en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl)

In Nederland zijn er – naast de Wgbh/cz – nog andere gelijkebehandelingswetten, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (Awb), de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgbm/v) en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl). Ook deze wetten strekken voor een groot deel tot implementatie van de hiervoor genoemde Kaderrichtlijn. Nu de voorschriften uit de Awb, Wgbm/v en Wgbl mede betrekking hebben op de fase van werving en selectie, kunnen deze van belang zijn voor de

¹¹⁵ CKA, *Advies 'Afstemming Wet op de medische keuringen en Wet gelijke behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte'*, juni 2009.

aanstellingskeuring.¹¹⁶ De relevantie van deze gelijkebehandelingswetten is voor de aanstellingskeuring echter beperkt. De Awgb, Wgbm/v en Wgbl verbieden namelijk discriminatie op een aantal specifiek genoemde gronden die – anders dan handicap en chronische ziekte in de Wgbh/cz – niet onmiddellijk te maken hebben met gezondheid. Het betreft leeftijd, godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, hetero- of homoseksuele gerichtheid en burgerlijke staat.¹¹⁷ Omdat gezondheid evenwel kan samenhangen met deze gronden, kan een aanstellingskeuring toch leiden tot indirect onderscheid op grond deze gelijkebehandelingswetten. Zo benadeelt de eis dat sollicitanten fysiek sterk moeten zijn vrouwen meer dan mannen en is mogelijk sprake van leeftijdsdiscriminatie wanneer er functie-eisen met betrekking tot gezondheid worden gesteld waar een oudere sollicitant doorgaans niet aan kan voldoen.¹¹⁸ Dergelijke functie-eisen zijn alleen toegestaan als dit strikt noodzakelijk is.¹¹⁹ De sollicitant geniet hier dus enige bescherming, nu dit betekent dat een aanstellingskeuring met het oog op functie-eisen die indirect discrimineren in de zin van de Awgb, de Wgbm/v of de Wgbl slechts in beperkte gevallen zijn toegestaan. Voorwaarde voor het inroepen van de bescherming op grond van deze gelijkebehandelingswetten is dus wel dat de functie-eisen correleren met een van de specifiek genoemde gronden. De Wmk is daarentegen van toepassing op alle aanstellingskeuringen en heeft zodoende een ruimer toepassingsbereik. In dit verschil in rechtsbescherming schuilt de aanvullende waarde van de Wmk.

3.5 Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie

Op 11 december 2020 is door de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie ingediend.¹²⁰ Op 26 januari 2021 is dit wetsvoorstel door de Tweede Kamer controversieel verklaard, waardoor de behandeling van het wetsvoorstel moest wachten tot na de vorming van een nieuw kabinet.¹²¹ Inmiddels is het wetsvoorstel weer in behandeling genomen.¹²² Het wetsvoorstel houdt – zeer kort gezegd – in dat de Nederlandse Arbeidsinspectie handhavende bevoegdheden krijgt om erop toe te zien dat werkgevers en intermediairs beschikken over een werkwijze voor werving en selectie met voldoende waarborgen om arbeidsmarktdiscriminatie tegen te gaan. Gezien het feit dat het maken van verboden onderscheid vaak onbewust of onbedoeld plaatsvindt, is het volgens de wetgever van toegevoegde waarde dat werkgevers ertoe worden aangezet actief beleid te formuleren op dit thema en dit te concretiseren. Met het gebruik van een (op schrift gestelde) werkwijze ten aanzien van werving en selectie

¹¹⁶ Art. 5 lid 1 onder Awgb; art. 3 lid 1 Wgbm/v; art. 3 onder a Wgbl.

¹¹⁷ Art. 1 lid 1 Awgb; art. 1 lid 1 Wgbm/v; art. 1 Wgbl.

¹¹⁸ C.W.G. Rayer & I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 33. Zie ook: CGB 30 december 2009, oordeel 2008-128, overweging 3.8, waarin de CGB aangeeft dat sprake is van indirect onderscheid op grond van geslacht omdat vrouwen moeilijker dan mannen aan de fysieke functie-eisen kunnen voldoen.

¹¹⁹ Indirect onderscheid op grond van een van de in de Awgb, Wgbm/v en Wgbl genoemde gronden kan alleen worden gerechtvaardigd als dit onderscheid objectief gerechtvaardigd is door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn. Zie: art. 2 lid 1 Awgb; art. 6 Wgbm/v; art. 7 lid 1 onder c Wgbl.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2020/21, 35673, nr. 2.

¹²¹ Besluitenlijst van de extra procedurevergadering van dinsdag 26 januari 2021 (groslijst controversieel verklaren), te raadplegen via: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2021A00373.

¹²² *Kamerstukken II* 2021/22, 35673, nr. 8, p. 2.

wordt dan ook beoogd meer transparantie en bewust gedrag te stimuleren in plaats van automatisch, onbewust gedrag waarbij vooroordelen een rol kunnen spelen.¹²³

Voor de definitie van het begrip 'arbeidsmarktdiscriminatie' is aansluiting gezocht bij de reeds bestaande gelijkebehandelingswetgeving. Het gaat derhalve om 'verboden onderscheid op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid, burgerlijke staat, handicap, chronische ziekte of leeftijd als bepaald bij en krachtens 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 of de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen'.¹²⁴ Het gevolg van deze definitie van arbeidsmarktdiscriminatie is dat de werkwijze ten behoeve van werving en selectie van personeel niet gericht hoeft te zijn op het voorkomen van ongelijke behandeling op grond van gezondheid. Gezondheid is immers als zodanig niet een van de hiervoor genoemde gronden.

Dit betekent echter niet dat het wetsvoorstel in het geheel niet relevant is voor de aanstellingskeuring. Door de voorgenomen wetswijziging zou de werkgever namelijk worden verplicht te beschikken over een werkwijze waaruit blijkt dat de procedure van werving en selectie is gebaseerd op voor de functie relevante functie-eisen, inzichtelijk en controleerbaar is, en systematisch is ingericht. Het enkele feit dat het opstellen van deze werkwijze tot doel heeft arbeidsdiscriminatie als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving te voorkomen, leidt er niet toe dat de inzet van een aanstellingskeuring in de werkwijze buiten beschouwing kan blijven. De aanstellingskeuring maakt immers onderdeel uit van de procedure van werving en selectie en moet alleen daarom al worden meegenomen in de werkwijze. Daar komt bij dat de gezondheid van de sollicitant – zoals eerder aangegeven – kan samenhangen met een van de in de gelijkebehandelingswetgeving beschermde gronden. De werkgever zal derhalve in de werkwijze moeten waarborgen dat met de inzet van de aanstellingskeuring geen verboden onderscheid in de zin van de gelijkebehandelingswetten wordt gemaakt. Hiermee verkrijgt de keuring evenwel niet dezelfde rechtsbescherming als met de Wmk.

¹²³ *Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 6-7.*

¹²⁴ *Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 27.*

Conclusies

De Wmk biedt rechtsbescherming voor alle sollicitanten die worden geconfronteerd met een aanstellingskeuring. Bij de gelijkebehandelingswetten ligt dit anders. Deze zijn voor de aanstellingskeuring enkel relevant wanneer met het verrichten van een aanstellingskeuring in een concreet geval verboden onderscheid wordt gemaakt op basis van een van de in die wetten limitatief genoemde gronden. In veruit de meeste gevallen kan een sollicitant geen rechtsbescherming ontleen aan de gelijkebehandelingswetten, omdat 'gezondheid' niet als grond wordt genoemd. Selecteren op basis van gezondheid is hierdoor niet in strijd met het gelijkebehandelingsrecht, terwijl de Wmk dit juist beoogt tegen te gaan. De meerwaarde van de Wmk ten opzichte van de gelijkebehandelingswetten is daarmee groot.

De AVG biedt – anders dan de gelijkebehandelingswetten – wel rechtsbescherming bij alle aanstellingskeuringen en overlapt gedeeltelijk met de Wmk. Beide regelingen schrijven voor dat gezondheidsgegevens enkel mogen worden gebruikt ten behoeve van het doel waarvoor deze zijn verkregen. De Wmk kleurt dit doel vervolgens in door aan te geven dat een aanstellingskeuring alleen mag worden verricht om vast te stellen of de sollicitant de functie waarnaar hij solliciteert kan uitoefenen zonder de eigen gezondheid of die van anderen in gevaar te brengen. Hiermee specificeert de Wmk de algemene norm uit de AVG, hetgeen een belangrijke meerwaarde vormt. Daarnaast zorgt de Wmk er – anders dan de AVG – voor dat het mondeling stellen van gezondheidsvragen niet is toegestaan en vormt de Wmk mogelijk de wettelijke grondslag die de AVG vereist om tijdens een aanstellingskeuring gezondheidsgegevens te mogen verwerken.

De WGBO biedt eveneens bescherming voor alle sollicitanten die met een aanstellingskeuring worden geconfronteerd. De Wmk, WGBO en AVG bevatten alle drie rechten voor de keurling. Waar tussen de WGBO en de AVG op dit punt enige overlap bestaat (zo bevatten beide regelingen een inzage-recht en verwijderingsrecht), voegt de Wmk hier extra rechten voor de keurling aan toe. Het weigeringsrecht en het recht op herkeuring komen in de AVG en WGBO bijvoorbeeld niet terug.

4. De Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen nader bekeken

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 4 : **In hoeverre kan de CKA voldoen aan haar huidige taakomschrijving en haar taken adequaat uitvoeren in het licht van de huidige (beleids)doelstellingen?**

4.1 Historische schets

Bij de inwerkingtreding van de Wmk is in 1998 op enkele onderdelen – waaronder de instelling van een klachtencommissie – expliciet voorzien in de mogelijkheid van zelfregulering. In dit verband zijn de vertegenwoordigende organisaties van werkgevers, werknemers, artsen en patiënten gevraagd om afspraken te maken over de klachtenbehandeling in het kader van aanstellingskeuringen. Daarnaast kregen zij de mogelijkheid om een onafhankelijke klachtencommissie in te stellen. De wetgever voorzag echter ook dat die zelfregulering mogelijk niet binnen een redelijke termijn van de grond zou komen en heeft hier daarom een termijn van drie jaren na inwerkingtreding van de wet aan gekoppeld. Vanwege het uitblijven van zelfregulering heeft de staatssecretaris van SZW in 2001 zelf nadere regels opgesteld met betrekking tot de klachtenbehandeling. Dit heeft geresulteerd in het *Besluit klachtenbehandeling aanstellingsuitkeringen*.

Met het Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen is de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen (CKA) ingesteld per 1 februari 2002.¹²⁵ De CKA bestond destijds uit drie onafhankelijke leden en drie plaatsvervangers die door de minister van SZW werden benoemd.¹²⁶ Per oktober 2012 is er evenwel voor gekozen de CKA bij de SER onder te brengen. Het uitgangspunt van de Wmk is namelijk dat de instelling van een klachtencommissie primair een zaak is van de representatieve organisaties. Hierbij past volgens de wetgever dat de minister van SZW afstand neemt en geen directe invloed heeft op de samenstelling van de klachtencommissie. Nu de CKA zich evenals de SER beweegt op het terrein van werkgevers en werknemers, is ervoor gekozen de instelling van een klachtcommissie voor aanstellingskeuringen voortaan op te dragen aan de SER.¹²⁷ Sindsdien bestaat de CKA niet meer alleen uit drie onafhankelijke leden, maar ook uit twee leden die op voordracht van de werkgeversorganisaties respectievelijk de werknemersorganisaties worden benoemd. Daarnaast is er voor alle leden van de CKA een plaatsvervanger. Bij de overgang van de CKA naar de SER is verder expliciet in het Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen opgenomen dat minimaal één arts en minimaal één jurist deel uit moet maken van de drie onafhankelijke leden. Zodoende wordt beoogd de medische en juridische deskundigheid binnen de CKA te waarborgen.¹²⁸

¹²⁵ *Stb.* 2001, 598.

¹²⁶ *Stb.* 2001, 598, p. 8-9.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33050, nr. 3, p. 3. Ook werd verwacht dat hiermee een kostenbesparing kon worden gerealiseerd. Zie: *Kamerstukken II* 2011/12, 33050, nr. 3, p. 4-5.

¹²⁸ *Stb.* 2012, 437, p. 8; Art. 3 lid 3 en lid 4 Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen.

4.2 Doelstellingen, taken en bevoegdheden

De CKA is ingesteld om een goede toepassing en naleving van de Wmk te bevorderen, althans voor zover deze wet betrekking heeft op de aanstellingskeuring.¹²⁹ Uit een in 2016 door het onderzoeksbureau Panteia uitgevoerde evaluatie naar de CKA komt naar voren dat de CKA haar taken op professionele wijze uitvoert. Vragenstellers en indieners van klachten worden adequaat bijgestaan en geadviseerd. De juiste deskundigheid is aanwezig bij de leden van de CKA en zij krijgen kwalitatief goede ondersteuning van het secretariaat.¹³⁰ Desondanks lijkt de bijdrage van de CKA aan de goede uitvoering van de Wmk beperkt te zijn, aldus de onderzoekers.¹³¹ Reden hiervoor is vermoedelijk dat het aantal klachten dat de CKA jaarlijks afhandelt zeer laag is, terwijl het formele takenpakket van de CKA vooral reactief van aard is: de CKA kan eigenlijk alleen reageren op binnengekomen klachten en adviesaanvragen. Daar komt bij dat een klager bij de CKA niet meer kan krijgen dan een oordeel dat zijn klacht gegrond of ongegrond is, waarna hij zich alsnog tot de rechter moet wenden voor een bindende uitspraak. Sanctiebevoegdheden ontbreken. Ook is door de CKA naar voren gebracht dat klachten en adviesaanvragen met betrekking tot de aanstellingskeuring zich steeds vaker uitstrekken tot andere wetgeving van de Wmk, terwijl men zich kan afvragen of de CKA wel bevoegd is om hierover een oordeel of advies te geven. Deze vier punten worden hieronder nader besproken.

I. beperkt aantal klachten en adviesaanvragen

De toegevoegde waarde van de CKA dient onder meer daarin te schuilen dat het een laagdrempelig alternatief betreft voor een gerechtelijke procedure. Er zijn immers geen kosten aan de klachtenprocedure verbonden, er is geen verplichte procesvertegenwoordiging en er hoeft geen griffierecht te worden betaald.¹³² In de evaluatie van de CKA komt naar voren dat men de CKA inderdaad ziet als een laagdrempelige instantie om een klacht in te dienen, zeker in vergelijking met het starten van een rechterlijke procedure.¹³³ Desondanks is het aantal binnengekomen en behandelde klachten bij de CKA zeer laag. In de periode 2009-2021 zijn er jaarlijks gemiddeld 6 nieuwe klachten bij de CKA ingediend (zie figuur 1 en 2). Bij een groot aantal van deze klachten kwam de CKA bovendien niet toe aan een inhoudelijke behandeling, met name omdat de CKA niet bevoegd was tot het geven van een oordeel.

¹²⁹ *Stb.* 2001, 598, p. 9.

¹³⁰ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 28172, nr. 10, p. 29.

¹³¹ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 28172, nr. 10, p. 30.

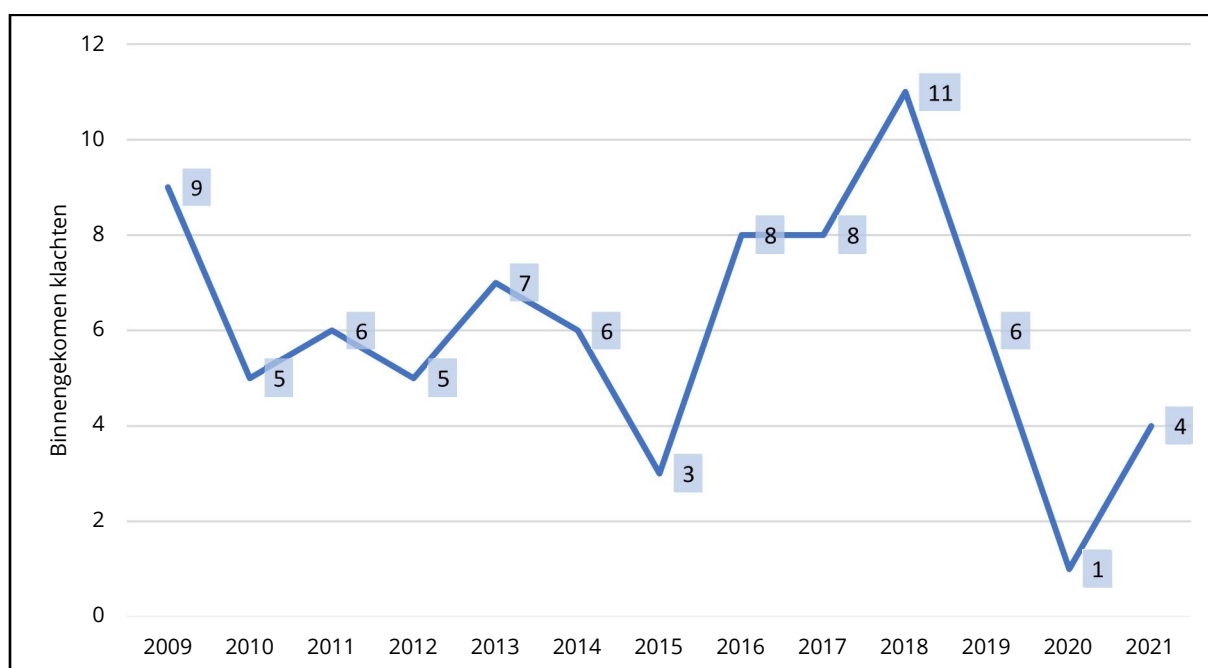
¹³² *Stb.* 2001, 598, p. 9.

¹³³ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 28172, nr. 10, p. 22.

Figuur 1. Jaarlijks ontvangen klachten en uitgebrachte oordelen CKA 2009-2021

Jaar	Aantal nieuwe klachten	Aantal inhoudelijke oordelen	Klacht geheel gegrond verklaard	Klacht deels gegrond verklaard	CKA niet bevoegd/ doorverwezen	Klacht ingetrokken	Klacht aangehouden
2009	9	5	5	0	3	0	1
2010	5	2	0	1	2	0	0
2011	6	5	3	2	1	0	0
2012	5	1	1	0	2	1	1
2013	7	2	2	0	2	1	3
2014	6	0	0	0	4	0	2
2015	3	1	0	0	1	0	1
2016	8	4	4	0	2	0	2
2017	8	2	2	0	4	1	1
2018	11	2	1	0	4	2	3
2019	6	2	1	0	0	0	0
2020	1	5	3	2	0	0	0
2021	4	2	1	1	2	0	0
Totaal	83	33	24	7	29	5	14

Figuur 2. Jaarlijks ontvangen klachten CKA 2009-2021



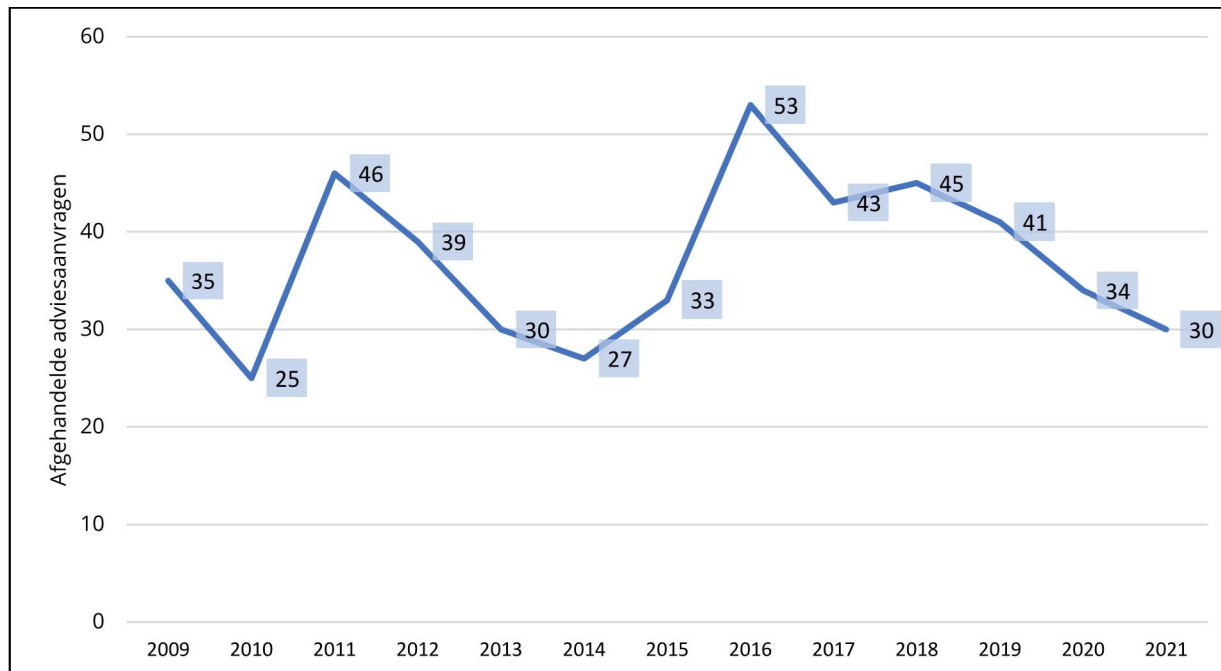
De CKA heeft ook tot taak belangstellenden desgevraagd te informeren over de mogelijkheid tot indiening van een klacht. Hieronder wordt eveneens verstaan het informatie verschaffen over de in de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen neergelegde eisen die aan de mogelijkheid van het verrichten van een

aanstellingskeuring worden gesteld.¹³⁴ In de periode 2009-2021 zijn er jaarlijks gemiddeld 37 adviesaanvragen afgehandeld (zie figuur 3 en 4). Dit aantal ligt daarmee een stuk hoger dan het aantal afgehandelde klachten.

Figuur 3. Jaarlijks afgehandelde adviesaanvragen CKA 2009-2021

Jaar	Aantal afgehandelde adviesaanvragen	Schriftelijk uitgebrachte adviezen	Telefonisch uitgebrachte adviezen	Doorverwezen vragen
2009	35	34	1	11
2010	25	22	3	1
2011	46	38	8	3
2012	39	19	20	7
2013	30	17	13	4
2014	27	19	8	0
2015	33	20	13	7
2016	53	24	29	0
2017	43	21	22	0
2018	45	21	24	3
2019	41	26	15	0
2020	34	22	12	0
2021	30	17	13	0
Totaal	481	300	181	35

Figuur 4. Jaarlijks afgehandelde adviesaanvragen CKA 2009-2021



¹³⁴ Stb. 2001, 598, p. 9-10.

II. beperkt takenpakket

Het lage aantal klachten dat de CKA in de afgelopen jaren heeft ontvangen, zorgt ervoor dat de CKA in de praktijk nauwelijks mogelijkheden heeft om invloed uit te oefenen op het keuringsbeleid van arbeidsorganisaties. Dit hangt ook samen met het feit dat het takenpakket van de CKA dat in het Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen is vastgelegd, vrij reactief van aard is.

Aan de CKA zijn namelijk de navolgende vier taken toegekend:

- I. het behandelen van en het geven van een oordeel over klachten;
- II. het desgevraagd informeren van belangstellenden over de mogelijkheid tot indiening van een klacht;
- III. het uitbrengen van een jaarlijks verslag van haar werkzaamheden;
- IV. het doen van aanbevelingen aan de minister van SZW.¹³⁵

Uit de jaarplannen en de evaluatie van de CKA komt evenwel naar voren dat de CKA meer doet dan hetgeen formeel tot haar takenpakket hoort. Zo ziet de CKA het als haar taak om naar aanleiding van signalen over problemen rondom de uitvoering van de Wmk zelf onderzoek in te stellen en aanbevelingen te doen aan de verantwoordelijke partijen of bewindspersonen.¹³⁶ Ook beschouwt de CKA het geven van voorlichting over keuringsregels als een belangrijk onderdeel van haar taak.¹³⁷ Deze taken behoren strikt genomen niet tot het takenpakket van de CKA, hoewel deze wel kunnen bijdragen aan een betere naleving van de regels uit de Wmk.¹³⁸ De formele taakomschrijving van de CKA sluit derhalve niet goed aan bij de praktijk.

Ten aanzien van de verplichting om jaarlijks verslag te doen van de werkzaamheden, dient nog te worden opgemerkt dat de omvang van het jaarverslag in de afgelopen jaren fors is afgenomen (zie figuur 5). In de jaren 2009 t/m 2011 hing de lengte van het jaarverslag vooral samen met de uitgebreide beschrijving van alle uitgebrachte oordelen en adviezen door de CKA.¹³⁹ Voor de klachten is deze beschrijving in de jaarverslagen van 2012 t/m 2018 fors ingekort en voor de adviezen werd in deze periode volstaan met enkele voorbeelden. Sinds 2019 bestaat het jaarverslag van de CKA nog slechts uit een paar pagina's waarin weinig inzicht wordt gegeven in de behandelde klachten en afgehandelde adviesaanvragen. Men kan zich afvragen of deze werkwijze wel in overeenstemming is met de taakomschrijving van de CKA, nu in de parlementaire geschiedenis is benadrukt dat de CKA een rapportage moet geven over het aantal en de aard van de behandelde klachten alsmede over de aan de CKA voorgelegde zaken die niet verder in behandeling zijn genomen.¹⁴⁰ Over de aard van de behandelde klachten wordt in de jaarverslagen sinds 2019 niets meer gezegd. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de behandelde klachten op de website van de CKA worden

¹³⁵ Art. 5 en 6 lid 3 Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen.

¹³⁶ Zie onder andere: Jaarverslag CKA 2013, p. 11; Jaarverslag CKA 2014, p. 15; Jaarverslag CKA 2015, p. 5.

¹³⁷ Zie onder andere: Jaarverslag CKA 2014, p. 18.

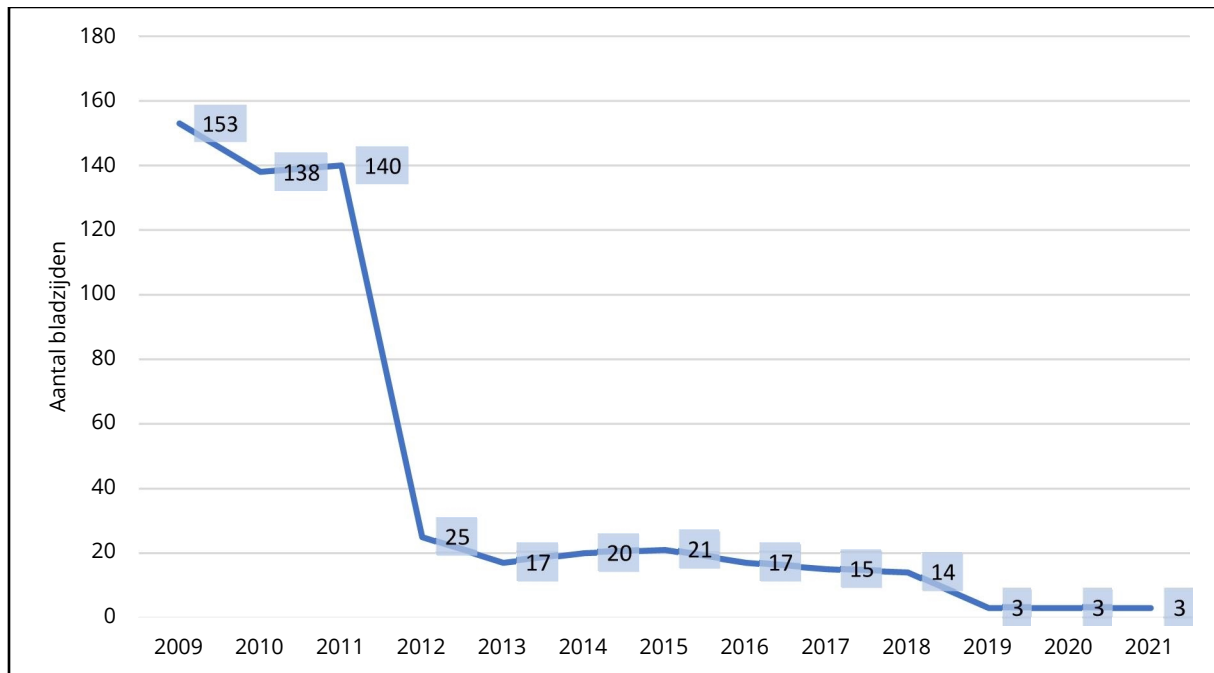
¹³⁸ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 28172, nr. 10, p. 30.

¹³⁹ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 28172, nr. 10, p. 15.

¹⁴⁰ *Stb.* 2001, 598, p. 10.

gepubliceerd en dus alsnog door een ieder kunnen worden ingezien. Voor de niet-behandelde klachten ligt dit anders. In de jaarverslagen wordt nog slechts volstaan met de opmerking dat een bepaald aantal klachten niet-ontvankelijk is verklaard, zonder dat enig inzicht wordt geboden in de redenen die daaraan ten grondslag liggen.¹⁴¹ Hierover wordt op de website geen aanvullende informatie gepubliceerd.

Figuur 5. Lengte jaarverslagen CKA 2009-2021



III. klachtenbeoordeling niet bindend

Wanneer de CKA toekomt aan het beoordelen van een klacht, dan geldt dat het oordeel van de CKA niet bindend is en geen rechtsgevolgen heeft. Een klager kan bij de CKA derhalve niet meer krijgen dan een oordeel dat zijn klacht gegrond of ongegrond is. Dit betekent dat de klager zich na een procedure bij de CKA alsnog tot de rechter zal moeten wenden voor een bindende uitspraak.¹⁴² De wetgever heeft in 2008 aangegeven niet voornemens te zijn de oordelen van de CKA alsnog een bindend karakter te geven, omdat daardoor voor de CKA een ander regime zou gaan gelden dan voor een vergelijkbaar orgaan zoals het College voor de Rechten van de Mens.¹⁴³

Nu de CKA geen mogelijkheid heeft om een sanctie op te leggen, zal een sollicitant zich mogelijk afvragen wat hij ermee opschiet om een klacht bij de CKA in te dienen. In dit kader is vooral van belang dat de sollicitant na een gegrondverklaring van de CKA bij de werkgever onder dreiging met een gerechtelijke procedure kan proberen een schadevergoeding of indienstneming af te dwingen. Lukt dit niet, dan kan de sollicitant zich

¹⁴¹ Jaarverslag CKA 2021, p. 2.

¹⁴² *Stb.* 2001, 598, p. 9

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2008/09, 28172, nr. 7, p. 8.

alsnog tot de civiele rechter wenden. De minister van SZW heeft in dit kader de verwachting uitgesproken dat het oordeel van de CKA kan leiden tot een vergroting van de kans op succes in een gerechtelijke procedure.¹⁴⁴ In de gepubliceerde rechtspraak zijn evenwel geen uitspraken voorhanden op basis waarvan kan worden vastgesteld of deze verwachting is gerechtvaardigd.¹⁴⁵

IV. klachten en adviesaanvragen over aanverwante wet- en regelgeving

Een punt van aandacht bij de afhandeling van klachten en adviesaanvragen is dat vraagstukken omtrent de aanstellingskeuring zich – aldus de CKA – in toenemende mate lijken uit te strekken tot aanverwante wet- en regelgeving. Zo heeft de CKA in het kader van de klachtenbeoordeling al meermaals de vraag moeten beantwoorden hoe lang gegevens voortkomend uit een aanstellingskeuring mogen worden bewaard. Voor de beantwoording van die vraag diende de CKA te kijken naar art. 7:464 lid 2 BW (de WGBO) en de Beleidsregels van de AP.¹⁴⁶

Men kan zich afvragen of de CKA wel bevoegd is over dergelijke vraagstukken te oordelen respectievelijk een advies uit te brengen. De parlementaire geschiedenis geeft op die vraag niet expliciet een antwoord. Met betrekking tot de klachtenbehandeling geeft de wetgever slechts aan dat de CKA tot primaire taak heeft klachten over aanstellingskeuringen in behandeling te nemen.¹⁴⁷ Als deze taakomschrijving ruim wordt opgevat, zouden hierover ook klachten kunnen worden geschaard die nauw in verband staan tot de aanstellingskeuring. Ten aanzien van het afhandelen van adviesaanvragen geeft de wetgever echter aan dat de CKA desgevraagd informatie kan verschaffen over de in de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen neergelegde eisen die aan de aanstellingskeuring worden gesteld.¹⁴⁸ Nu de wetgever hier expliciet verwijst naar de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen, lijkt er weinig ruimte te bestaan voor het geven van advies over andere wet- en regelgeving.

Met betrekking tot de WGBO dient nog in herinnering te worden gebracht dat de Wmk wordt gezien als een *lex specialis* ten opzichte van WGBO.¹⁴⁹ Het is goed verdedigbaar dat de CKA tegen de achtergrond van het wettelijk systeem wel bevoegd is om bepalingen uit de WGBO in de klachtenbeoordeling en adviesverlening te betrekken. Bij de toepassing van andere aanverwante wet- en regelgeving – zoals de AVG en de gelijkebehandelingswetten – kunnen meer vraagtekens worden geplaatst, te meer omdat deze wetten eigen klachteninstituten kennen (zie hierover nader hoofdstuk 6).

¹⁴⁴ *Stb.* 2001, 598, p. 9.

¹⁴⁵ Gezocht is op rechtspraak.nl met de zoektermen: 'aanstellingskeuring', 'commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuring', 'cka', 'wet op de medische keuringen' en 'wmk'.

¹⁴⁶ Zie onder andere: oordeelnr. 2019-01; oordeelnr. 2021-04.

¹⁴⁷ *Stb.* 2001, 598, p. 9.

¹⁴⁸ *Stb.* 2001, 598, p. 9-10.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23259, nr. 7, p. 6.

Conclusies

De CKA is ingesteld om een goede toepassing en naleving van de Wmk te bevorderen. Uit een in 2016 door het onderzoeksbureau Panteia uitgevoerde evaluatie naar de CKA komt naar voren dat de CKA haar taken op professionele wijze uitvoert. Vragenstellers en indieners van klachten worden adequaat bijgestaan en geadviseerd. De juiste deskundigheid is aanwezig bij de leden van de CKA en zij krijgen kwalitatief goede ondersteuning van het secretariaat. Desondanks lijkt de bijdrage van de CKA aan de goede uitvoering van de Wmk beperkt te zijn. Reden hiervoor is dat het aantal klachten dat de CKA jaarlijks afhandelt zeer laag is, terwijl het formele takenpakket van de CKA vooral reactief van aard is. Daar komt bij dat de bevoegdheden van de CKA vrij beperkt zijn: een klager kan bij de CKA niet meer krijgen dan een oordeel dat zijn klacht gegrond of ongegrond is en moet zich vervolgens alsnog tot de rechter wenden voor een bindende uitspraak. Aandachtspunten zijn bovendien dat de CKA naar eigen zeggen in toenemende mate oordelen en adviezen moet geven over aanverwante wet- en regelgeving zoals de AVG en de WGBO en dat de lengte van de jaarverslagen in de loop der jaren drastisch is ingekort.

5. De Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen in verhouding tot andere instanties

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 5: **Wat is de verhouding van de CKA tot andere commissies/instituten met betrekking tot risicoselectie en privacy?**

5.1 Autoriteit Persoonsgegevens

De AVG schrijft voor dat iedere lidstaat één of meer onafhankelijke overheidsinstanties aanwijst die verantwoordelijk zijn voor het toezicht op en de toepassing van de AVG.¹⁵⁰ Nederland heeft hiervoor de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) aangewezen als toezichthoudende autoriteit.¹⁵¹ De AP heeft tot kerntaak de AVG te handhaven. Veel van de overige taken en bevoegdheden van de AP staan mede in het teken van deze kerntaak. Eén van deze taken betreft het beoordelen van binnengekomen klachten.¹⁵² Iedere betrokkene is bevoegd bij de AP een klacht in te dienen wanneer hij van mening is dat met de verwerking van zijn persoonsgegevens een inbreuk is gemaakt op de AVG.¹⁵³ Aangezien er tijdens een aanstellingskeuring persoonsgegevens (met betrekking tot de gezondheid) worden verwerkt, kan de sollicitant een klacht indienen bij de AP wanneer hij van mening is dat de werkgever hiermee de regels uit de AVG overtreedt (zie par. 3.2). Als deze overtreding tevens neerkomt op een mogelijke schending van de Wmk, kan de sollicitant zich met zijn klacht zowel tot de CKA als de AP wenden. De overlap tussen het werkterrein van de CKA en de AP is echter beperkt.

Wanneer de CKA en de AP met elkaar worden vergeleken, valt allereerst op dat de AP jaarlijks veel meer klachten ontvangt dan de CKA. Uit de jaarlijkse klachtenrapportage van de AP volgt dat de AP in 2020 maar liefst 25.590 klachten heeft ontvangen, terwijl de CKA in ditzelfde jaar slechts één nieuwe klacht heeft binnengekregen.¹⁵⁴ Dit grote verschil heeft vanzelfsprekend (mede) te maken met het feit dat de AP een veel breder werkterrein heeft dan de CKA. Waar de CKA slechts bevoegd is te oordelen over klachten die betrekking hebben op aanstellingskeuringen, is de AP bevoegd om kennis te nemen van alle klachten gaan over de verwerking van persoonsgegevens in de zin van de AVG. Verder heeft de AP een uitgebreider takenpakket dat bovendien minder reactief van aard is dan het formele takenpakket van de CKA. Zo heeft de AP tot taak het publiek voor te lichten over de risico's, regels, waarborgen en rechten in verband met de verwerking van persoonsgegevens,¹⁵⁵ het parlement en de regering te adviseren over wetgevingsinitiatieven,¹⁵⁶ alsmede onderzoek te verrichten naar de toepassing van de AVG.¹⁵⁷

¹⁵⁰ Art. 51 AVG.

¹⁵¹ Art. 6 UAVG.

¹⁵² Art. 57 lid 1 onder f AVG.

¹⁵³ Art. 77 lid 1 AVG.

¹⁵⁴ Autoriteit Persoonsgegevens Klachtenrapportage 2020, p. 2. Hieronder vallen ook 12.280 klachten die de AP direct in het gesprek met de indiener van de klacht kon afronden. In 2021 heeft de AP 18.914 klachten ontvangen, maar hierover is nog geen klachtenrapportage gepubliceerd.

¹⁵⁵ Art. 57 lid 1 onder b AVG.

¹⁵⁶ Art. 57 lid 1 onder c AVG.

¹⁵⁷ Art. 57 lid 1 onder h AVG.

Een ander verschil is dat de AP – anders dan de CKA – formeel gezien een aantal sanctiemogelijkheden heeft. De belangrijkste sancties zijn de boete,¹⁵⁸ de last onder dwangsom,¹⁵⁹ het verwerkingsverbod,¹⁶⁰ de berisping,¹⁶¹ en de waarschuwing.¹⁶² In de praktijk wordt van deze sanctiemogelijkheden echter zeer beperkt gebruikgemaakt. In 2020 hebben slechts zeven onderzoeken naar aanleiding van klachten geleid tot het opleggen van een corrigerende maatregel aan een organisatie. De AP gaf drie organisaties een berisping en legde vier organisaties een boete op. Een van deze organisaties ontving naast een boete ook last onder dwangsom.¹⁶³ Waarom in de praktijk zo weinig van de sanctiemogelijkheden gebruik wordt gemaakt, is door de AP niet toegelicht. Wel valt op dat de AP bij een groot deel van de klachten aan de indiener informatie en advies geeft over hoe deze er zelf voor kan zorgen dat zijn klacht kan worden opgelost.¹⁶⁴ Daarnaast neemt de AP regelmatig telefonisch of per brief contact op met de overtreder teneinde de privacyregels uit te leggen en te vragen de huidige werkwijze aan te passen.¹⁶⁵ Klaarblijkelijk zijn dit voor de AP ook effectieve manieren om indieners van klachten te helpen. Voor een sollicitant die zich vanwege een privacyschending tot de AP wendt, is de kans dat aan de werkgever daadwerkelijk een sanctie wordt opgelegd dus minimaal. Bovendien blijkt uit de openbaar gemaakte sancties dat het vooral grove, langdurige overtredingen van de AVG betreft.¹⁶⁶ De toegevoegde waarde van deze sanctiebevoegdheid is voor de sollicitant dus beperkt. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat van de sanctiebevoegdheden mogelijk een preventieve werking uitgaat, waardoor werkgevers (mede naar aanleiding van een brief van of een gesprek met de AP) eerder bereid zullen zijn tot een oplossing te komen.

5.2 College voor de Rechten van de Mens

In de praktijk kan bij een aanstellingskeuring sprake zijn van een schending van zowel de Wmk als een van de gelijkebehandelingswetten. Dit is bijvoorbeeld aan de orde wanneer met de functie-eisen ten behoeve waarvan de aanstellingskeuring wordt uitgevoerd, indirect onderscheid wordt gemaakt op basis van geslacht of leeftijd (zie par. 3.3 en 3.4). Voor een inbreuk op de gelijkebehandelingswetgeving kan de sollicitant een klacht indienen bij het College voor de Rechten van de Mens. Tot 2012 kon men hiervoor terecht bij de Commissie Gelijke Behandeling (CGB). De CGB is in het leven geroepen bij de totstandkoming van de Awgb, omdat de wetgever het van groot belang achtte dat mensen die menen gediscrimineerd te zijn zich op eenvoudige wijze tot een afzonderlijk overheidsorgaan konden wenden dat is belast met toezicht op de

¹⁵⁸ Art. 83 AVG.

¹⁵⁹ Art. 58 lid 2 onder de AVG jo. art. 16 lid 1 UAVG.

¹⁶⁰ Art. 58 lid 2 onder f AVG.

¹⁶¹ Art. 58 lid 2 onder b AVG.

¹⁶² Art. 58 lid 2 onder a AVG.

¹⁶³ Autoriteit Persoonsgegevens Klachtenrapportage 2020, p. 1, 9-10.

¹⁶⁴ De AP is verplicht klachten die gaan over een inbreuk op iemands eigen persoonsgegevens in behandeling te nemen. In 2020 betrof dit 4.725 klachten. Bij een kwart van deze klachten heeft de AP de indiener van de klacht geholpen om de klacht zelf op te lossen. Zie: Autoriteit Persoonsgegevens Klachtenrapportage 2020, p. 9-10.

¹⁶⁵ In 2020 was dit aan de orde bij een vijfde van de behandelde klachten over iemands eigen persoonsgegevens. Zie: Autoriteit Persoonsgegevens Klachtenrapportage 2020, p. 10.

¹⁶⁶ Te raadplegen via: <https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/publicaties/boetes-en-sancties>.

gelijkebehandelingswetten.¹⁶⁷ In 2012 zijn de taken van de Commissie Gelijke Behandeling overgenomen door het College voor de Rechten van de Mens. Het College voor de Rechten van de Mens heeft tot doel in Nederland de rechten van de mens – waaronder het recht op gelijke behandeling – te beschermen, het bewustzijn van deze rechten te vergroten en de naleving van deze rechten te bevorderen.¹⁶⁸ Het takenpakket van het College voor de Rechten van de Mens omvat onder meer het doen van onderzoek naar de bescherming van de rechten van de mens, het jaarlijks rapporteren over de mensenrechtensituatie in Nederland, het geven van voorlichting over de rechten van de mens, alsmede het geven van advies over wetsvoorstellen.¹⁶⁹ Ook het College voor de Rechten van de Mens heeft daarmee een uitgebreider en minder reactief takenpakket dan de CKA, zij het dat deze taken zich breder uitstrekken tot mensenrechten.

De wet schrijft voor dat het College voor de Rechten van de Mens uit minimaal negen en maximaal twaalf leden bestaat, waaronder een voorzitter en twee ondervoorzitters. Daarnaast kan een onbeperkt aantal plaatsvervangende leden worden benoemd.¹⁷⁰ Anders dan bij de CKA, verbindt de wet geen voorwaarden aan de expertise van de (plaatsvervangende leden). In de praktijk zijn het echter bijna allemaal juristen.

Binnen het College houdt een aparte kamer zich bezig met de oordelende taak op het terrein van gelijke behandeling.¹⁷¹ Uit hoofde van deze taak kan het College op verzoek onderzoeken of een onderscheid is of wordt gemaakt als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving en zijn oordeel daaromtrent kenbaar maken.¹⁷² In 2021 ontving het College voor de Rechten van de Mens 739 klachten die hebben geleid tot 156 oordelen.¹⁷³ 15% van deze klachten en oordelen hadden betrekking op discriminatie bij werving en selectie,¹⁷⁴ maar geen enkel oordeel ging over de aanstellingskeuring.¹⁷⁵ De procedure bij het College voor de Rechten van de Mens wordt door de wetgever gezien als een extra mogelijkheid om de gelijkebehandelingswetgeving te bevorderen.¹⁷⁶ Het betreft net als de procedure bij de CKA een laagdrempelige procedure: de procedure is volledig kosteloos en er is geen verplichte procesvertegenwoordiging.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II 1990/91, 22014, nr. 3, p. 8-9.* Op dat moment bestond er echter al een Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid. Het naast elkaar bestaan van twee commissies – één voor seksdiscriminatie op het terrein van arbeid en een brede commissie voor de andere terreinen en voor andere vormen van discriminatie – werd onwenselijk en ondoelmatig geacht. Derhalve werd bij de inwerkingtreding van de Awgb de bestaande Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij arbeid opgeheven.

¹⁶⁸ Art. 1 lid 3 WCRM.

¹⁶⁹ Art. 3 WCRM.

¹⁷⁰ Art. 14 lid 1 WCRM. In 2022 bestaat het College uit negen leden en zes plaatsvervangende leden.

¹⁷¹ Art. 9 WCRM.

¹⁷² Art. 10 lid 1 WCRM. Deze bepaling noemt enkel de Awgb, de Wgbm/v en art. 7:646 BW. Uit art. 12 Wgbh/cz en art. 14 Wgbl volgt echter dat het College van de Rechten van de Mens ook een oordeel kan geven over verboden onderscheid als bedoeld in die wetten.

¹⁷³ Monitor Discriminatiezaken 2021, p. 22 en 30.

¹⁷⁴ Monitor Discriminatiezaken 2021, p. 28 en 31.

¹⁷⁵ In de gepubliceerde oordelen van het College voor de Rechten van de Mens (sinds 1994) is slechts één oordeel te vinden waarin het wel ging om een aanstellingskeuring. De betrokkene was eerst in het gelijk gesteld door de CKA en heeft vervolgens nog een klacht ingediend bij het College. Zie: College voor de Rechten van de Mens, oordeelnr. 2017-39. Monitor Discriminatiezaken 2021, p. 28 en 31.

De werkwijze van het College voor de Rechten van de Mens is vergelijkbaar met die van de CKA. Er vindt naar aanleiding van de binnengekomen klacht een vooronderzoek plaats, waarna partijen tijdens een mondelinge behandeling in de gelegenheid worden gesteld hun visie op de zaak duidelijk te maken. Vervolgens wordt er een oordeel gegeven over de klacht.¹⁷⁷ Het oordeel van het College voor de Rechten van de Mens over een klacht is – net als het oordeel van de CKA – niet bindend en heeft geen rechtsgevolgen. Het College kan geen maatregelen opleggen zoals een schadevergoeding of een boete. Het oordeel is beperkt tot de vaststelling dat een gedraging wel of niet in strijd is met de wet. Volgens de wetgever zijn het het gezag en de deskundigheid van het College die bepalend zijn voor wat de rechter, het bestuur, belanghebbenden of betrokkenen met eventuele bevindingen en aanbevelingen doen. Met deze constructie wordt primair beoogd door het geven van een gezaghebbend en deskundig advies partijen in een conflict bij elkaar te brengen.¹⁷⁸ Als de arbeidsorganisatie naar aanleiding van een positief oordeel van het College niets doet, kan de klager een gerechtelijke procedure starten. De bevoegdheden van het College voor de Rechten van de Mens zijn in zoverre dus nagenoeg vergelijkbaar met die van de CKA.

Verskil tussen beide instanties bestaat echter daarin dat de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens openbaar worden gemaakt, inclusief de naam van het bedrijf of de organisatie waarover wordt geklaagd.¹⁷⁹ De oordelen van de CKA worden weliswaar ook openbaar gemaakt, maar dan in beginsel in geanonimiseerde vorm.¹⁸⁰ De CKA heeft al in 2008 gepleit voor de mogelijkheid om onder omstandigheden het oordeel in niet-geanonimiseerde vorm te publiceren. In reactie daarop heeft het kabinet aangegeven dat het uitgangspunt moet blijven dat de CKA het oordeel in geanonimiseerde vorm kan publiceren. Dit gezien het werkterrein van de CKA waarbij privacygevoelige gegevens in het geding zijn. Alleen wanneer het algemeen belang daarmee wordt gediend, zou overwogen kunnen worden over te gaan tot (beperkte) openbaarmaking.¹⁸¹ In 2012 heeft de CKA evenwel alsnog de bevoegdheid gekregen om de niet-geanonimiseerde vorm van een oordeel te publiceren mits daarmee het algemeen belang wordt gediend en dit met redenen omkleed in het oordeel is bepaald. Daarbij gelden bovendien de aanvullende voorwaarden dat de namen van natuurlijke personen niet worden vermeld, de namen van rechtspersonen niet worden vermeld indien zij onmiddellijk herleidbaar zijn tot een natuurlijke persoon, én de publicatie op zijn vroegst 14 dagen na kennisneming door klager en verweerder plaatsvindt.¹⁸² Hoewel het College voor de Rechten van de Mens noch de CKA sanctiebevoegdheden heeft, kan wel worden betoogd dat van het vermelden van de naam van het bedrijf of de organisatie waarover wordt geklaagd een sanctionerende werking uitgaat (het 'naming and shaming'-principe). Dit verschil tussen de CKA en het College voor de Rechten van de Mens is niet goed te verklaren, omdat in een procedure bij het College evengoed privacygevoelige informatie in het geding is.

¹⁷⁷ De werkwijze van het College voor de Rechten van de Mens met betrekking tot klachten over gelijke behandeling is nader vormgegeven in het Besluit werkwijze onderzoek gelijke behandeling.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32467, nr. 3, p. 30.

¹⁷⁹ Art. 28 Werkwijze onderzoek gelijke behandeling.

¹⁸⁰ Art. 15 lid 4 Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen.

¹⁸¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 28172, nr. 7, p. 9.

¹⁸² Art. 15 lid 5 Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen.

De CKA heeft in beleidsregels nader invulling gegeven aan de bevoegdheid om oordelen niet-geanonimiseerd te publiceren. Hieruit blijkt dat de CKA in elk geval in twee gevallen meent dat met het vermelden van de namen van rechtspersonen een algemeen belang wordt gediend.¹⁸³ In de eerste plaats kunnen de mate en de ernst van misstanden aanleiding geven om sollicitanten te waarschuwen. Dit is aan de orde wanneer sprake is van ernstige misstanden waarover minimaal twee keer een gegronde klacht is ingediend. Bij minder ernstige misstanden is er pas na de derde of vierde misstand reden om de naam te vermelden. In de tweede plaats kan het algemeen belang zijn gelegen in informatieverschaffing teneinde sollicitanten in staat te stellen om specifieke kennis op te doen in het kader van aanstellingskeuringen. Als voorbeeld wordt genoemd de uitleg van specifieke wetgeving over een militaire aanstellingskeuring in relatie tot de Wmk.¹⁸⁴ Tot dusver heeft de CKA van de bevoegdheid om een oordeel niet-geanonimiseerd te publiceren alleen gebruik gemaakt ten aanzien van defensie. Hoewel al veelvuldig gegronde klachten tegen defensie zijn ingediend, lijkt het benoemen van defensie in het bijzonder voort te komen uit het feit dat vaak een verwijzing naar de eisen in het Militaire Keuringsreglement moet worden gemaakt. Door het weglaten van de naam van defensie blijft het oordeel nog steeds herleidbaar tot defensie, maar het niet benoemen van het Militaire Keuringsreglement zou afbreuk doen aan de leesbaarheid en aan het doel dat sollicitanten kennis kunnen nemen van de specifieke eisen.¹⁸⁵

Een ander verschil tussen het College voor de Rechten van de Mens en de CKA is dat het College de bevoegdheid heeft om naar aanleiding van een gegeven oordeel in rechte te vorderen dat een gedraging in strijd is met de gelijkebehandelingswetten.¹⁸⁶ Met andere woorden: het College kan zelf de stap naar de rechter zetten voor een bindende uitspraak. Aanleiding voor het uitoefenen van deze bevoegdheid kan onder meer zijn gelegen in de ernst van het gemaakte onderscheid, de te verwachten precedentwerking of de aard van de afweging van de in het geding zijn de belangen. De CGB en het College voor de Rechten van de Mens hebben beide (nog) geen gebruikgemaakt van deze bevoegdheid. Voor de CGB lag hieraan ten grondslag dat de inzet van deze bevoegdheid wegens het hoge opvolgingspercentage van haar oordelen (jaarlijks rond de 75%) niet opportuun werd geacht. Ook werd een zekere terughoudendheid wenselijk gevonden in verband met de mogelijke schijn van partijdigheid.¹⁸⁷ Nu het opvolgingspercentage van het College voor de Rechten van de Mens schommelt rond de 80%, is voorstelbaar dat het College om dezelfde redenen nog nooit eigenhandig naar de rechter is gestapt. De CKA heeft niet de bevoegdheid om zelf naar de rechter toe te stappen.

¹⁸³ Beleid CKA inzake anonimisering oordelen en adviezen, mei 2016. Te raadplegen via: <https://www.ser.nl/-/media/ser/downloads/cka/regels/anonimisering-oordelen-adviezen.pdf?la=nl&hash=06647003D5FF57733289FB02C21BD11A>.

¹⁸⁴ Beleid CKA inzake anonimisering oordelen en adviezen, mei 2016, p. 2-3.

¹⁸⁵ Beleid CKA inzake anonimisering oordelen en adviezen, mei 2016, p. 2.

¹⁸⁶ Art. 13 WCRM.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 32467, nr. 3, p. 31.

5.3 Antidiscriminatievoorzieningen

Op 28 juli 2009 is de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen in werking getreden.¹⁸⁸ Deze wet regelt dat iedere gemeente verplicht is om een laagdrempelige, onafhankelijke voorziening in te stellen waar burgers naartoe kunnen met klachten over verboden onderscheid als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving.¹⁸⁹ Zodoende moet worden gewaarborgd dat burgers zoveel mogelijk in hun directe leefomgeving terecht kunnen voor bijstand als zij zich gediscrimineerd voelen.¹⁹⁰ Onder bijstand wordt in dit verband verstaan een geheel van werkzaamheden dat is gericht op klachtenbehandeling, waaronder het verschaffen van informatie, het verlenen van advies en het bieden van ondersteuning bij klachtenprocedures.¹⁹¹ Het geven van een oordeel over een klacht behoort *niet* tot het takenpakket van de antidiscriminatievoorziening.

De werkzaamheden van deze zogenoemde antidiscriminatievoorzieningen vormen volgens de wetgever een aanvulling op de werkzaamheden van het College voor de Rechten van de Mens. De antidiscriminatievoorzieningen hebben als voornaamste taak slachtoffers of vermeende slachtoffers van discriminatie en ongelijke behandeling bij te staan bij de afwikkeling van hun klachten. De antidiscriminatievoorzieningen ondersteunen dus de partij die zich gediscrimineerd voelt. Het College voor de Rechten van de Mens staat als oordelende instantie juist boven de partijen. Een antidiscriminatievoorziening kan een (vermeend) slachtoffer van discriminatie doorverwijzen naar het College voor de Rechten van de Mens voor een onafhankelijk oordeel. De antidiscriminatievoorzieningen vervullen hiermee een zeefwerking voor zaken die geschikt zijn om aan het College voor de Rechten van de Mens te worden voorgelegd. Een antidiscriminatievoorziening kan het (vermeende) slachtoffer van discriminatie ook begeleiden in de procedure bij het College voor de Rechten van de Mens en na het oordeel pogen een oplossing te bereiken met de wederpartij.¹⁹²

In de parlementaire geschiedenis van de Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen wordt niet gesproken over de verhouding tussen enerzijds de antidiscriminatievoorzieningen en anderzijds de CKA. De werkzaamheden van de antidiscriminatiebureaus beperken zich weliswaar tot klachten op grond van de gelijkebehandelingswetgeving, welke bij een aanstellingskeuring niet altijd van toepassing is, maar zoals eerder aangegeven *kan* er wel samenloop zijn tussen de Wmk en de gelijkebehandelingswetgeving. De vraag is of de CKA bij antidiscriminatiebureaus in beeld is voor een eventuele doorwijzing.

¹⁸⁸ *Stb.* 2009, 313.

¹⁸⁹ Art. 1 en art. 2 lid 1 onder a Wet gemeentelijke antidiscriminatievoorzieningen.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2007/08, 31439, nr. 3, p. 1.

¹⁹¹ *Kamerstukken II* 2007/08, 31439, nr. 3, p. 3.

¹⁹² *Kamerstukken II* 2007/08, 31439, nr. 3, p. 7.

5.4 Nederlandse Arbeidsinspectie

De Nederlandse Arbeidsinspectie is de toezichthouder op het terrein van het ministerie van SZW. Het toezicht van de Nederlandse Arbeidsinspectie is gericht op de naleving van wet- en regelgeving over arbeidsomstandigheden, de arbeidsmarkt, arbeidsverhoudingen en het socialezekerheidsstelsel.¹⁹³ De Wmk maakt geen onderdeel uit van deze wet- en regelgeving en valt derhalve niet onder dit toezicht. De Nederlandse Arbeidsinspectie oefent echter wel toezicht uit op de naleving van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet). Hierin is opgenomen dat werkgevers verplicht zijn een beleid te voeren dat is gericht op voorkoming en beperking van psychosociale arbeidsbelasting.¹⁹⁴ Discriminatie zoals bedoeld in de gelijkebehandelingswetten wordt gezien als psychosociale arbeidsbelasting.¹⁹⁵ Als een werkgever deze verplichting niet nakomt, kan de Nederlandse Arbeidsinspectie een eis tot naleving opleggen.¹⁹⁶ Blijft de werkgever wederom in gebreke, dan krijgt hij een bestuurlijke boete.¹⁹⁷ Van belang is evenwel dat de Arbowet tot dusver geen betrekking heeft op de periode die voorafgaat aan het ontstaan van een arbeidsrelatie: werving en selectie. De bevoegdheden van de Nederlandse Arbeidsinspectie strekken zich thans dan ook niet uit tot discriminatie in het kader van de aanstellingskeuring.

Hier kan echter snel verandering in komen. Als het eerder besproken Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie wordt ingevoerd, krijgt de Nederlandse Arbeidsinspectie immers handhavende bevoegdheden om erop toe te zien dat werkgevers en intermediairs beschikken over een werkwijze voor werving en selectie met voldoende waarborgen om arbeidsdiscriminatie tegen te gaan.¹⁹⁸ De inzet van aanstellingskeuringen maakt onderdeel uit van deze werkwijze. De handhaving van de Nederlandse Arbeidsinspectie zal met name bestaan uit het opleggen van eisen tot naleving. Werkgevers die ook na een gestelde eis tot naleving hun verplichtingen niet nakomen, kunnen worden beboet. Gezien het belang dat de wetgever hecht aan het aanpakken van arbeidsdiscriminatie en ter ondersteuning van de norm dat discriminatie bij werving en selectie wordt voorkomen en gelijke kansen worden gecreëerd, zal de Nederlandse Arbeidsinspectie opgelegde boetes openbaar maken. 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 een zakelijke relatie mee te hebben. Het idee van de wetgever is dat dit vooruitzicht voor werkgevers een extra stimulans kan zijn om de wettelijke bepalingen in acht te nemen.¹⁹⁹ De Nederlandse Arbeidsinspectie heeft dus – anders dan de CKA – de mogelijkheid om sancties op te leggen.

¹⁹³ Het betreft onder meer de Wet arbeid vreemdelingen, de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Wet allocatie arbeidskrachten door intermediairs, de Arbeidsomstandighedenwet, de Arbeidstijdenwet en de Wet op de economische delicten.

¹⁹⁴ Art. 3 lid 2 Arbowet.

¹⁹⁵ Art. 1 lid 3 onder e Arbowet. Kamerstukken II 2008/09, 31811, nr. 3, p. 12-13.

¹⁹⁶ Art. 27 Arbowet.

¹⁹⁷ Art. 34 Arbowet.

¹⁹⁸ *Kamerstukken II 2021/22, 35673, nr. 8, p. 2.*

¹⁹⁹ *Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 18.*

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel toezicht gelijke behandeling bij werving en selectie is de vraag opgeworpen hoe het toezicht door de Nederlandse Arbeidsinspectie zich verhoudt tot een procedure bij het College voor de Rechten van de Mens. Het kabinet heeft hierop geantwoord dat het toezicht door de Nederlandse Arbeidsinspectie niet is gericht op individuele situaties, maar op de werkwijze van de werkgever om discriminatie bij werving en selectie te voorkomen.²⁰⁰ Bij het College voor de Rechten van de Mens gaat het daarentegen wel om individuele zaken van (vermeende) discriminatie. Het oordeel is, anders dan bij het toezicht door de Nederlandse Arbeidsinspectie het geval is, gebaseerd op de individuele casus.²⁰¹ In de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel is niet stilgestaan bij de verhouding tussen de Nederlandse Arbeidsinspectie en de CKA. Net als bij het College voor de Rechten van de Mens geldt evenwel dat de CKA een oordeel geeft over een individuele casus. Hierin schuilt een belangrijk verschil met de Nederlandse Arbeidsinspectie. Bovendien strekken de toezichthoudende bevoegdheden van de Nederlandse Arbeidsinspectie zich ook na invoering van het Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie niet uit tot de bepalingen uit de Wmk.

5.5 Civiele procedure

Een sollicitant die wordt geconfronteerd met een aanstellingskeuring die niet in overeenstemming is met de Wmk, kan – eventueel na een oordeel van de CKA – een civiele procedure starten. Hiervan zijn in de gepubliceerde rechtspraak evenwel geen voorbeelden te vinden. Het grote voordeel van een gerechtelijke uitspraak ten opzichte van een oordeel van de CKA, is dat de uitspraak van een rechter bindend is en rechtsgevolgen heeft.

De grondslag voor de vordering bij de civiele rechter is afhankelijk van de rechtsverhouding tussen de betrokken partijen. Voor het instellen van een vordering jegens de keurend arts is namelijk van belang dat er geen sprake is van een contractuele relatie met de sollicitant. De keurend arts heeft immers alleen een overeenkomst gesloten met de werkgever (de keuringvrager). Wanneer de keurend arts jegens de sollicitant onzorgvuldig handelt, zal de grondslag voor de vordering derhalve de onrechtmatige daad moeten zijn.²⁰² Ter onderbouwing van de onrechtmatigheid kan de sollicitant zich op het standpunt stellen dat de keurend arts zijn verplichtingen uit de Wmk en/of de WGBO niet is nagekomen. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een schending van de geheimhoudingsplicht, de informatieplicht of de kwaliteitsvoorschriften.

Voor het instellen van een vordering jegens de werkgever geldt eveneens dat een contractuele relatie ontbreekt. De bepalingen uit de Wmk hebben immers betrekking op de fase voorafgaand aan het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Derhalve is de sollicitant ook hier aangewezen op een vordering op grond van de onrechtmatige daad. De onrechtmatigheid is in dat geval gelegen in het niet-nakomen van de verplichtingen

²⁰⁰ *Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 14.*

²⁰¹ *Kamerstukken II 2020/21, 35673, nr. 3, p. 18.*

²⁰² Art. 6:162 BW.

uit de Wmk. Daarnaast zou men – afhankelijk van de aard van de schending– kunnen stellen dat een schending van de Wmk tegenover de sollicitant neerkomt op een schending van de precontractuele redelijkheid en billijkheid.²⁰³ Een aanstellingskeuring mag immers pas worden verricht wanneer alle overige beoordelingen van de geschiktheid van de sollicitant hebben plaatsgevonden en de werkgever op grond daarvan voornemens is de sollicitant aan te stellen.²⁰⁴ Op dat moment is er weliswaar nog geen arbeidsovereenkomst tot stand gekomen, maar partijen waren daar wel vlakbij.

De sollicitant kan bij de rechter op grond van de onrechtmatige daad indienstneming vorderen. Wie een onrechtmatige daad pleegt, kan immers worden veroordeeld om iets te doen.²⁰⁵ Deze vordering zal in de praktijk voor de sollicitant echter weinig opleveren als het een arbeidsovereenkomst met proeftijd betreft. Ook kan men zich afvragen of het wenselijk is dat de sollicitant na het doorlopen van de gerechtelijke procedure alsnog gedwongen bij de werkgever in dienst treedt. Het vorderen van een schadevergoeding ligt dan ook het meest voor de hand.

²⁰³ C.W.G. Rayer & I.P. Asscher-Vonk, *Aanstellingskeuringen*, Deventer: Kluwer 2004, p. 116-117.

²⁰⁴ Art. 4 lid 2 Wmk.

²⁰⁵ Art. 3:296 BW.

Conclusies

- Het werkterrein van de CKA overlapt slechts voor een klein gedeelte met het werkterrein van de AP. Een sollicitant kan bij de AP een klacht indienen wanneer hij van mening is dat een inbreuk is gemaakt op de AVG. Een schending van de voorschriften uit de Wmk levert echter niet automatisch een inbreuk op de AVG op, nu de Wmk ten opzichte van de AVG aanvullende waarborgen biedt (zie par. 3.2). De AP heeft – anders dan de CKA – formeel gezien een aantal sanctiebevoegdheden. In de praktijk wordt van deze sanctiebevoegdheden echter zeer weinig gebruikgemaakt. De toegevoegde waarde van deze sanctiebevoegdheid is voor de sollicitant dus beperkt.
- Het College voor de Rechten van de Mens behandelt klachten op het terrein de gelijkebehandelingswetgeving. Een inbreuk op de Wmk brengt evenwel niet altijd een schending van de gelijkebehandelingswetgeving met zich (zie par. 3.3 en 3.4), waardoor de overlap tussen het werkterrein van de CKA en het College voor de Rechten van de Mens beperkt is. Voor wat betreft de werkwijze zijn het College en de CKA vergelijkbare instanties. Verschil ligt met name daarin dat de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens in beginsel niet-geanonimiseerd worden gepubliceerd en dat het College in rechte kan vorderen dat een gedraging in strijd is met de gelijkebehandelingswetgeving.
- Iedere gemeente is wettelijk verplicht om een laagdrempelige, onafhankelijke voorziening in te stellen waar burgers terecht kunnen met klachten over discriminatie. Het geven van een oordeel over een klacht behoort echter niet tot het takenpakket van de antidiscrimatievoorzieningen.
- Na invoering van het Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie verkrijgt de Nederlandse Arbeidsinspectie handhavende bevoegdheden met betrekking tot werving en selectie. De handhaving door de Nederlandse Arbeidsinspectie is echter niet gericht op individuele situaties, maar op de werkwijze van de werkgever bij werving en selectie. Bij de CKA gaat het daarentegen wel om individuele zaken.
- Een sollicitant die wordt geconfronteerd met een aanstellingskeuring die niet in overeenstemming is met de Wmk, kan – eventueel na een oordeel van de CKA – in een civiele procedure schadevergoeding of indienstneming vorderen. De grondslag voor de vordering betreft de onrechtmatige daad.

6. De toekomst van de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen

In dit hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op deelvraag 6: **Indien blijkt dat de CKA onvoldoende aan haar taakomschrijving kan voldoen, wat is er voor nodig om dat te veranderen? Wat zijn de verschillende opties?**

6.1 Enkele opmerkingen vooraf

Blijkens de parlementaire geschiedenis is de CKA ingesteld om een goede toepassing en naleving van de Wmk te bevorderen, althans voor zover deze wet betrekking heeft op de aanstellingskeuring. Een antwoord op de vraag of de CKA voldoende aan deze doelstelling kan voldoen, is niet eenvoudig te geven. Voor een dergelijke beoordeling bestaat immers geen objectieve norm: wanneer kan de CKA voldoende aan haar taakomschrijving voldoen, en wanneer is het onvoldoende? Uit de in 2016 door het onderzoeksbureau Panteia uitgevoerde evaluatie naar de CKA komt – zoals eerder aangegeven – in ieder geval naar voren dat de CKA haar taken op professionele en deskundige wijze uitvoert. Vragenstellers en indieners van klachten worden adequaat bijgestaan en geadviseerd door de leden van de CKA. Desondanks lijkt de bijdrage van de CKA aan de goede uitvoering van de Wmk – en daarmee de vervulling van de taakomschrijving – beperkt. Dit ligt evenwel niet zozeer aan de kwaliteit van de taakuitvoering door de CKA, maar aan het lage aantal klachten dat in de afgelopen jaren bij de CKA is ingediend in combinatie met het beperkte taken- en bevoegdhedenpakket. Het betreft derhalve factoren die buiten de directe invloedssfeer van de CKA liggen. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet op welke manieren de invloed van de CKA op de goede toepassing en naleving van de Wmk kan worden vergroot.

6.2 Vergroten naamsbekendheid

Wat de precieze oorzaak is van het lage aantal klachten, laat zich lastig vaststellen. Denkbaar is dat de oorzaak hiervan is gelegen in de naamsbekendheid van de CKA. Bij de evaluatie van de CKA in 2016 is betrokkenen bij de CKA (commissieleden en SER-medewerkers), stakeholders en leden van de doelgroep (branches), gevraagd naar hun ervaringen met de CKA. Hieruit kwam naar voren dat het verbeteren van de naamsbekendheid van de CKA werd gezien als het belangrijkste verbeterpunt. Het vermoeden is namelijk dat de CKA geen grote naamsbekendheid heeft bij de doelgroepen. Dit zien echter niet alle respondenten zozeer als een probleem. Het belangrijkste is volgens hen dat men de CKA kan vinden als daar behoefte aan is. Door te zoeken op internet zou men de CKA makkelijk kunnen vinden.²⁰⁶ Een mogelijk bijkomend probleem is evenwel dat sollicitanten onvoldoende op de hoogte zijn van de regels rondom aanstellingskeuringen en het stellen van gezondheidsvragen niet herkennen als iets dat in strijd is met de wet. Het bevorderen van de

²⁰⁶ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 28172, nr. 10, p. 22.

naamsbekendheid door het geven van voorlichting kan mogelijk bijdragen aan een betere probleemherkenning bij de doelgroep.²⁰⁷

6.3 Uitbreiding formeel takenpakket

De formele taken van de CKA zijn vooral reactief van aard. Het gevolg hiervan is dat de CKA voor het leveren van een bijdrage aan de goede uitvoering van de Wmk sterk afhankelijk is van het binnenkomen van klachten en adviesaanvragen. Dit is problematisch, omdat het aantal binnengekomen klachten al jarenlang vrij laag is. Een grotere bijdrage aan de goede toepassing en naleving van de Wmk kan vermoedelijk worden verwacht wanneer de CKA taken krijgt waarvoor zij niet afhankelijk is van de bereidheid en/of mogelijkheid van burgers om actie te ondernemen. Een eventueel laag aantal klachten en adviesaanvragen behoeft in dat geval niet meer een belemmering te vormen voor het voldoen aan de taakomschrijving. Tegelijkertijd blijkt uit de jaarverslag dat de CKA door de jaren heen al steeds meer is gaan inzetten op het uitvoeren van eigen onderzoek en het geven van voorlichting. Hoewel het uitbreiden van het formele takenpakket met deze taken beter zou aansluiten bij de praktijk, wordt hiermee niet meteen de bijdrage aan de goede toepassing van de Wmk bevorderd. Immers: deze taken worden klaarblijkelijk al uitgevoerd. Het is evenwel niet duidelijk in welke mate de CKA zich met deze taken bezighoudt, dus mogelijk valt hier nog winst te behalen.

6.4 Klachtenafhandeling en adviesverlening over aanverwante wet- en regelgeving

Een punt van aandacht is dat vraagstukken omtrent de aanstellingskeuring zich in toenemende mate uitstrekken tot aanverwante wet- en regelgeving. Het lijkt er echter op dat de CKA niet bevoegd is hierover een klachtenbeoordeling of advies te geven, omdat de taakomschrijving van de CKA zich blijkens de parlementaire geschiedenis beperkt tot de in de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen neergelegde eisen die aan de aanstellingskeuring worden gesteld.²⁰⁸ De vraag rijst of de taakomschrijving van de CKA in dit licht moet worden uitgebreid. Een voordeel hiervan is dat de indiener van een klacht of adviesaanvraag zich voor de aanverwante wet- en regelgeving niet tot een andere instantie hoeft te wenden; de CKA kan indieners van een zo volledig mogelijk oordeel voorzien. Er zijn echter ook risico's. In de eerste plaats bestaat het gevaar dat fouten worden gemaakt doordat expertise over aanverwante wet- en regelgeving niet noodzakelijkerwijs binnen de CKA aanwezig hoeft te zijn. Ten tweede is van belang dat de aanverwante wet- en regelgeving veelal de AVG en gelijkebehandelingswetten betreft, waarvoor de wetgever zelfstandige klachteninstitutes heeft ingesteld. Wanneer meerdere instanties over dezelfde wet- en regelgeving oordelen, bestaat het risico dat uiteenlopende oordelen worden gegeven. Tot slot is het niet eenvoudig om de bevoegdheid van de CKA ten aanzien van aanverwante wet- en regelgeving goed af te bakenen. De CKA heeft uitsluitend bevoegdheden ten aanzien van aanstellingskeuringen. Wanneer staat een vraag over bijvoorbeeld de AVG of

²⁰⁷ Panteia, *Evaluatie Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen*, bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 28172, nr. 10, p. 25.

²⁰⁸ *Stb.* 2001, 598, p. 9-10.

gelijkebehandelingswetgeving voldoende in verband met een aanstellingskeuring om daarover als CKA een oordeel te mogen geven? En is de CKA hier dan ook toe bevoegd als de klacht of adviesaanvraag weliswaar betrekking heeft op een aanstellingskeuring, maar enkel de AVG of gelijkebehandelingswetgeving moet worden toegepast en niet de Wmk? Of mag aanverwante wet- en regelgeving uitsluitend door de CKA worden toegepast wanneer dit slechts een onderdeel van een bredere klacht of adviesaanvraag betreft? Over deze risico's moet goed worden nagedacht.

6.5 Uitbreiding werkterrein: medische keuringen tijdens dienstverband

Eén van de subdoelstellingen van de Wmk is het voorkomen van ongewenste risicoselectie op basis van gezondheid. De vraag is echter of de Wmk deze doelstelling in haar huidige vorm nog steeds kan bereiken. Werkgevers proberen hun ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico vandaag de dag zoveel mogelijk te beperken door gebruik te maken van flexibele arbeidscontracten. Dit biedt werkgevers enerzijds de mogelijkheid om de duur van een eventuele loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte te beperken, en anderzijds de gelegenheid om gedurende het tijdelijke dienstverband alsnog een medische keuring te laten uitvoeren. De Wmk staat aan dergelijke keuringen niet in de weg, nu deze wet alleen van toepassing is op keuringen bij het aangaan of wijzigen van een arbeidsovereenkomst. De vraag waarom de werkingssfeer geen medische keuringen tijdens dienstverband omvat, anders dan bij wijziging van de arbeidsovereenkomst, wordt in de parlementaire geschiedenis niet beantwoord. Dit wil overigens niet zeggen dat medische keuringen tijdens dienstverband altijd zijn toegestaan. De werkgever is voor deze keuringen immers wel gebonden aan de voorschriften uit de WGBO, de AVG en de gelijkebehandelingswetten.²⁰⁹ Zoals eerder aangegeven, bieden deze regelingen evenwel niet dezelfde rechtsbescherming als de Wmk. Mede in het licht van voormelde subdoelstelling kan derhalve overwogen worden het werkterrein van de CKA uit te breiden.

6.6 Openbaarmaking van oordelen

Hoewel het College voor de Rechten van de Mens en de CKA door de wetgever worden gezien als twee vergelijkbare instanties, geldt dat de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens – anders dan de oordelen van de CKA – niet-geanonimiseerd openbaar worden gemaakt.²¹⁰ Waar bij de CKA als uitgangspunt geldt 'geanonimiseerd, tenzij' luidt bij het College de hoofdregel 'niet-geanonimiseerd, tenzij'. Hoewel het College voor de Rechten van de Mens en de CKA beide geen sanctiebevoegdheden hebben, kan wel worden betoogd dat van het vermelden van de naam van het bedrijf of de organisatie waarover wordt geklaagd een sanctionerende werking uitgaat (het 'naming and shaming'-principe). De CKA kan eveneens gebaat zijn bij deze mogelijkheid. Het argument van de wetgever dat dit voor de CKA niet wenselijk is, omdat op het werkterrein privacygevoelige gegevens in het geding zijn, is in ieder geval lastig te volgen. Betoogd kan namelijk worden dat in een procedure bij het College voor de Rechten van de Mens evengoed

²⁰⁹ Zie hierover eveneens: W.L. Roozendaal, 'Verplichte medische keuringen', *TRA* 2017/4, afl. 1, p. 11-15.

²¹⁰ Art. 28 Werkwijze onderzoek gelijke behandeling.

privacygevoelige informatie in het geding is. Interessant is bovendien dat de minister van SZW in het Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie 2022-2025 heeft aangegeven voornemens te zijn om te onderzoeken welke aanvullende mogelijkheden er zijn om openbaarmaking/naming and shaming rondom het thema discriminatie toe te passen.²¹¹ Het zou mooi zijn als de CKA hier een rol kan vervullen.

6.7 Uitbreiding bevoegdhedenpakket: eigen procesbevoegdheid

Een ander verschil tussen het College voor de Rechten van de Mens en de CKA is dat het College de bevoegdheid heeft om naar aanleiding van een gegeven oordeel in rechte te vorderen dat een gedraging in strijd is met de gelijkebehandelingswetten.²¹² Met andere woorden: het College kan zelf de stap naar de rechter zetten voor een bindende uitspraak. Aanleiding voor het uitoefenen van deze bevoegdheid kan onder meer zijn gelegen in de ernst van het gemaakte onderscheid, de te verwachten precedentwerking of de aard van de afweging van de in het geding zijn de belangen. De CKA heeft de bevoegdheid om zelf naar de rechter toe te stappen niet, maar is hier mogelijk wel bij gebaat. In de onderzoeksopdracht komt immers naar voren dat bijvoorbeeld het ministerie van Defensie de oordelen van de CKA keer op keer naast zich neer blijft leggen. Waarom dit verschil met het College voor de Rechten van de Mens bestaat, is niet duidelijk. Beide instanties hebben geen rechtspersoonlijkheid: het College maakt als Zelfstandig bestuursorgaan (Zbo) onderdeel uit van de rechtspersoon de Staat²¹³ en de CKA vormt een commissie van de rechtspersoon de SER.²¹⁴

6.8 Uitbreiding bevoegdhedenpakket: sancties

Een van de knelpunten met betrekking tot de taakuitoefening door de CKA is dat een oordeel van de CKA over een klacht niet bindend is en geen rechtsgevolgen heeft. Voor een bindende uitspraak moet de klager zich alsnog tot de rechter wenden. De vraag rijst of het nodig is om de CKA alsnog sanctiebevoegdheden toe te kennen. Hiervoor is relevant om te weten of de oordelen van de CKA zonder sanctie door partijen worden opgevolgd. Is dit het geval, dan lijken sanctiebevoegdheden niet noodzakelijk. Hoewel hierover geen cijfers bekend zijn, wordt in de onderzoeksopdracht wel – zoals eerder aangegeven – als voorbeeld genoemd dat het ministerie van Defensie gezondheidsvragen blijft stellen tijdens psychologische onderzoeken ondanks dat de CKA al meerdere keren heeft geoordeeld dat dit in strijd is met de Wmk. Klaarblijkelijk worden de oordelen van de CKA dus niet altijd nageleefd. Wel is onduidelijk in hoeverre andere instanties de oordelen van de CKA opvolgen. Het College voor de Rechten van de Mens heeft net als de CKA geen sanctiebevoegdheden en biedt hier meer inzicht in. Uit onderzoek van het College blijkt dat in 2021 in 88% van de gevallen naar aanleiding van het oordeel van het College maatregelen zijn genomen.²¹⁵ In 2020 ging het om 78%,²¹⁶ in 2019 om 86%,²¹⁷

²¹¹ Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie 2022-2025, p. 24.

²¹² Art. 13 WCRM.

²¹³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32467, nr. 3, p. 12.

²¹⁴ Art. 43 Wet op de Sociaal Economische Raad; Art. 1 Besluit klachtenbehandeling aanstellingskeuringen.

²¹⁵ Monitor Discriminatiezaken 2021, p. 39.

²¹⁶ Monitor Discriminatiezaken 2020, p. 29.

²¹⁷ Monitor Discriminatiezaken 2019, p. 29.

en in 2018 om 77%.²¹⁸ Kortom, de oordelen van het College worden in veruit de meeste gevallen opgevolgd. In dit kader moet wel worden opgemerkt dat de oordelen van het College – anders dan de oordelen van de CKA – niet-geanonimiseerd worden gepubliceerd. Hier gaat vermoedelijk preventieve werking van uit. Hoewel de CKA en het College voor de Rechten van de Mens dus niet één op één gelijk te stellen zijn, roept het hoge opvolgingspercentage bij het College wel twijfels op over de noodzaak van sanctiebevoegdheden voor de CKA. Daar komt bij dat een sollicitant er niet meteen bij gebaat hoeft te zijn als de CKA een sanctie kan opleggen. Het opleggen van de verplichting om een sollicitant alsnog in dienst te nemen, zal in de praktijk immers weinig opleveren wanneer het een arbeidsovereenkomst met een proeftijd betreft. Het opleggen van de verplichting om een schadevergoeding of een boete te betalen ligt dan ook meer voor de hand, maar hierbij bestaat het gevaar dat werkgevers een kosten- en batenafweging gaan maken. De vraag is dan ook in hoeverre van deze sanctiebevoegdheid een preventieve werking zal uitgaan. Bovendien heeft het College voor de Rechten van de Mens evenmin de mogelijkheid om een sanctie op te leggen en heeft de wetgever eerder aangegeven dat het niet wenselijk is als voor de CKA een ander regime gaat gelden. Dit argument is echter niet erg sterk, omdat het College en de CKA wel verschillend wordt behandeld ten aanzien van het publiceren van niet-geanonimiseerde oordelen en de mogelijkheid om zelf een gerechtelijke procedure te starten.

Conclusies

Er zijn verschillende mogelijkheden om de bijdrage van de CKA aan de goede uitvoering van de Wmk te vergroten. Hiervoor kan met name worden gedacht aan het bevorderen van de naamsbekendheid, het uitbreiden van het werkkerrein van de CKA naar medische keuringen tijdens dienstverband, het toekennen van bevoegdheden om sancties op te leggen en om zelf een gerechtelijke procedure te starten, alsmede het publiceren van oordelen in niet-geanonimiseerde vorm. Ook zijn er mogelijkheden om het formele takenpakket van de CKA uit te breiden met taken waarvoor zij niet afhankelijk is van de bereidheid en/of mogelijkheid van burgers om actie te ondernemen. In de praktijk houdt de CKA zich echter al met dergelijke taken bezig, waardoor daarmee niet noodzakelijkerwijs de bijdrage aan de goede toepassing van de Wmk bevordert. Een ander punt van aandacht is dat vraagstukken omtrent de aanstellingskeuring zich volgens de CKA in toenemende mate uitstrekken tot aanverwante wet- en regelgeving. Het lijkt er echter op dat de CKA niet bevoegd is hierover een oordeel of advies te geven en er rijzen twijfels over de wenselijkheid hiervan.

²¹⁸ Monitor Discriminatiezaken 2018, p. 22.

7. Samenvatting en conclusies

Ten behoeve van de overzichtelijkheid worden in dit hoofdstuk de conclusies uit de voorgaande hoofdstukken nog eens kort besproken.

7.1 Wat zijn de doelstellingen van de Wmk?

In de loop van de vorige eeuw werden aanstellingskeuringen – mede naar aanleiding van de privatisering van de Ziektewet – steeds vaker ingezet als middel om werknemers te selecteren op hun gezondheid. De snelle ontwikkelingen op medisch-technologisch vlak zorgden er bovendien voor dat geneeskundig onderzoek meer en meer kon ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van de keurling. Deze ontwikkelingen waren voor D66-Kamerlid Kohnstamm aanleiding om op 24 augustus 1993 bij de Tweede Kamer het initiatiefvoorstel voor de Wmk in te dienen. Op 5 juli 1997 werd het wetsvoorstel aangenomen en op 1 januari 1998 trad de Wmk in werking.

De Wmk bevat voorschriften die de toelaatbaarheid van de aanstellingskeuring beperken en voorwaarden scheppen voor de situatie waarin de aanstellingskeuring wel is toegestaan. Hiermee wordt beoogd de rechtspositie van de keurling die wordt geconfronteerd met een aanstellingskeuring te versterken. Deze hoofddoelstelling van de Wmk valt vervolgens uiteen in de navolgende drie subdoelstellingen:

- I. het voorkomen van ongewenste risicoselectie bij de toegang tot arbeid;
- II. het beschermen van de persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit van de keurling;
- III. het creëren van meer evenwicht in de ongelijke machtsverhouding tussen de werkgever en de keurling.

De doelstellingen van de Wmk zijn anno 2022 nog steeds relevant. Werkgevers proberen het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico binnen hun bedrijf nog steeds zoveel mogelijk te beperken, zij het dat dit thans gebeurt door het gebruik van tijdelijke arbeidscontracten. Dit biedt werkgevers niet alleen de mogelijkheid om een eventuele loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte te beperken, maar ook de gelegenheid om gedurende het tijdelijke dienstverband alsnog een medische keuring te laten uitvoeren. De Wmk staat aan dergelijke keuringen niet in de weg. Men kan zich dan ook afvragen of de Wmk de subdoelstelling die strekt tot het voorkomen van ongewenste risicoselectie in haar huidige vorm nog steeds kan bereiken.

7.2 Welke nadien tot stand gekomen en toekomstige wet- en regelgeving raakt aan/overlapt deels met de doelstellingen van de Wmk? En wat is de aanvullende waarde van de Wmk ten opzichte van andere wetten die dezelfde of soortgelijke doelen beogen?

Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO)

De Wmk bevat bepalingen die de rechtsbescherming van de WGBO moeten aanvullen en wordt door de wetgever beschouwt als een *lex specialis* ten opzichte van de WGBO. Er is naar gestreefd de Wmk zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de WGBO en daarin alleen die rechten op te nemen waar de WGBO niet in voorziet. Op die manier vullen de Wmk en de WGBO over een weer aan. De meerwaarde van de Wmk ten opzichte van de WGBO schuilt echter niet alleen in de extra waarborgen tijdens de aanstellingskeuring. De Wmk zorgt er namelijk ook voor dat het laten uitvoeren van een aanstellingskeuring slechts in beperkte gevallen is toegestaan, namelijk wanneer aan de functie bijzondere eisen op het vlak van medische geschiktheid moeten worden gesteld. De WGBO kent dergelijke beperkingen niet en komt pas om de hoek kijken wanneer er eenmaal een aanstellingskeuring is of wordt uitgevoerd.

Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)

Tijdens een aanstellingskeuring worden door middel van het stellen van vragen of het verrichten van medisch onderzoek gegevens over de gezondheid van een sollicitant verkregen. De AVG schrijft voor dat het verwerken van gezondheidsgegevens om de arbeidsgeschiktheid van een sollicitant te beoordelen alleen is toegestaan voor zover dit bij wet is voorzien. De Wmk vormt hiervoor mogelijk de wettelijke grondslag, maar hierover is discussie mogelijk. Voor wat betreft de inhoudelijke waarborgen bestaat er een zekere overlap tussen de Wmk en de AVG. Beide regelingen schrijven voor dat gezondheidsgegevens enkel mogen worden gebruikt ten behoeve van het doel waarvoor deze zijn verkregen. De Wmk kleurt dit doel vervolgens in door aan te geven dat een aanstellingskeuring alleen mag worden verricht om vast te stellen of de sollicitant de functie waarnaar hij solliciteert kan uitoefenen zonder de eigen gezondheid of die van anderen in gevaar te brengen. Hiermee specificiert de Wmk de algemene norm uit de AVG, hetgeen een belangrijke meerwaarde vormt. Daarnaast zorgt de Wmk er – anders dan de AVG – voor dat het mondeling stellen van gezondheidsvragen niet is toegestaan.

Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (Wgbh/cz)

De Wmk en de Wgbh/cz hebben beide in feite tot doel om selectie op irrelevante functionele beperkingen en vooroordelen ten aanzien van toekomstig ziekteverzuim te voorkomen. Het toepassingsbereik van de Wgbh/cz is echter beperkt tot discriminatie op grond van handicap of chronische ziekte. Dit leidt ertoe dat de Wgbh/cz niet op alle aanstellingskeuringen van toepassing is. Van een aanstellingskeuring in de zin van de Wmk kan immers ook sprake zijn wanneer de sollicitant geen handicap of chronische ziekte heeft. Het toepassingsbereik van de Wmk is daarmee – voor zover het de precontractuele fase betreft – ruimer dan het toepassingsbereik van de Wgbh/cz. Ook een sollicitant zonder handicap of chronische ziekte kan aan de Wmk rechtsbescherming ontnemen. Wanneer een werkgever evenwel besluit een sollicitant vanwege handicap of

chronische ziekte aan een aanstellingskeuring te onderwerpen, dan wel naar aanleiding van een aanstellingskeuring af te wijzen, (bijvoorbeeld omdat de sollicitant door handicap of chronische ziekte niet aan de functie-eisen kan voldoen), zal hij moeten aantonen dat dit onderscheid in de zin van de Wgbh/cz kan worden gerechtvaardigd.

Algemene wet gelijke behandeling (Awgb), Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgbm/v) en Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid (Wgbl)

De relevantie van de Awgb, Wgbm/v en Wgbl is voor de aanstellingskeuring beperkt. Deze wetten verbieden discriminatie op een aantal specifiek genoemde gronden die niet onmiddellijk te maken hebben met gezondheid. Omdat gezondheid evenwel kan samenhangen met deze gronden, kan een aanstellingskeuring toch leiden tot indirect onderscheid op grond deze gelijkebehandelingswetten. Zo benadeelt de eis dat sollicitanten fysiek sterk moeten zijn vrouwen meer dan mannen en is mogelijk sprake van leeftijdsdiscriminatie wanneer er functie-eisen met betrekking tot gezondheid worden gesteld waar een oudere sollicitant doorgaans niet aan kan voldoen. Net als bij de Wgbh/cz geldt dat het dan aan de werkgever is om aan te tonen dat dit onderscheid kan worden gerechtvaardigd. De sollicitant geniet hier dus enige bescherming, nu dit betekent dat een aanstellingskeuring met het oog op functie-eisen die indirect discrimineren in de zin van de Awgb, de Wgbm/v of de Wgbl slechts in beperkte gevallen zijn toegestaan. Voorwaarde voor het invoeren van de bescherming op grond van deze gelijkebehandelingswetten is dus wel dat de functie-eisen correleren met een van de specifiek genoemde gronden. De Wmk is daarentegen van toepassing op alle aanstellingskeuringen en heeft zodoende een ruimer toepassingsbereik. In dit verschil in rechtsbescherming schuilt de aanvullende waarde van de Wmk.

Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie

Als het Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie wordt ingevoerd, zal de werkgever in een werkwijze voor werving en selectie moeten waarborgen dat met de inzet van de aanstellingskeuring geen verboden onderscheid in de zin van de gelijkebehandelingswetten wordt gemaakt. Hiermee verkrijgt de keurling evenwel niet dezelfde rechtsbescherming als met de Wmk.

7.3 In hoeverre kan de CKA voldoen aan haar huidige taakomschrijving en haar taken adequaat uitvoeren in het licht van de huidige (beleids)doelstellingen?

De CKA is ingesteld om een goede toepassing en naleving van de Wmk te bevorderen. Uit een in 2016 door het onderzoeksbureau Panteia uitgevoerde evaluatie naar de CKA komt naar voren dat de CKA haar taken op professionele wijze uitvoert. Vragenstellers en indieners van klachten worden adequaat bijgestaan en geadviseerd. De juiste deskundigheid is aanwezig bij de leden van de CKA en zij krijgen kwalitatief goede ondersteuning van het secretariaat. Desondanks lijkt de bijdrage van de CKA aan de goede uitvoering van de Wmk beperkt te zijn. Reden hiervoor is dat het aantal klachten dat de CKA jaarlijks afhandelt zeer laag is, terwijl het formele takenpakket van de CKA vooral reactief van aard is. Daar komt bij dat de bevoegdheden

van de CKA vrij beperkt zijn: een klager kan bij de CKA niet meer krijgen dan een oordeel dat zijn klacht gegrond of ongegrond is en moet zich vervolgens alsnog tot de rechter wenden voor een bindende uitspraak. Sanctiebevoegdheden ontbreken. Ook is door de CKA naar voren gebracht dat klachten en adviesaanvragen met betrekking tot de aanstellingskeuring zich steeds vaker uitstrekken tot andere wetgeving van de Wmk, terwijl men zich kan afvragen of de CKA wel bevoegd is om hierover een oordeel of advies te geven.

7.4 Wat is de verhouding van de CKA tot andere commissies/instituten met betrekking tot risicoselectie en privacy?

Autoriteit Persoonsgegevens (AP)

Een sollicitant kan bij de AP een klacht indienen wanneer hij van mening is dat met de verwerking van persoonsgegevens in het kader van een aanstellingskeuring een inbreuk is gemaakt op de AVG. De AP heeft – anders dan de CKA – formeel gezien een aantal sanctiebevoegdheden. De belangrijkste sancties zijn de boete, de last onder dwangsom, het verwerkingsverbod, de berisping, en de waarschuwing. In de praktijk wordt van deze sanctiebevoegdheden echter zeer weinig gebruikgemaakt. In 2020 hebben slechts zeven onderzoeken naar aanleiding van klachten geleid tot het opleggen van een corrigerende maatregel aan een organisatie. Voor een sollicitant die zich vanwege een privacyschending tot de AP wendt, is de kans dat aan de werkgever daadwerkelijk een sanctie wordt opgelegd dus minimaal. De toegevoegde waarde van deze sanctiebevoegdheid is daarmee voor de sollicitant beperkt.

College voor de Rechten van de Mens

Wanneer bij een aanstellingskeuring – naast een schending van de Wmk – sprake is van een inbreuk op de gelijkebehandelingswetgeving, kan de sollicitant hierover een klacht indienen bij het College voor de Rechten van de Mens. De werkwijze van het College voor de Rechten van de Mens is vergelijkbaar met die van de CKA en het oordeel van het College over een klacht is net als het oordeel van de CKA niet bindend. Verschil tussen beide instanties bestaat echter daarin dat de oordelen van het College voor de Rechten van de Mens openbaar worden gemaakt, inclusief de naam van het bedrijf of de organisatie waarover wordt geklaagd. De oordelen van de CKA worden in beginsel in geanonimiseerde vorm gepubliceerd. Een ander verschil tussen het College voor de Rechten van de Mens en de CKA is dat het College de bevoegdheid heeft om naar aanleiding van een gegeven oordeel in rechte te vorderen dat een gedraging in strijd is met de gelijkebehandelingswetten. Het College voor de Rechten van de Mens heeft tot dusver echter nooit gebruikgemaakt van deze bevoegdheid.

Antidiscrimatievoorzieningen

Iedere gemeente is wettelijk verplicht om een laagdrempelige, onafhankelijke voorziening in te stellen waar burgers terecht kunnen met klachten over discriminatie. Deze zogenoemde antidiscrimatievoorziening heeft tot taak onafhankelijke bijstand te verlenen aan burgers bij de afwikkeling van hun klachten betreffende

verboden onderscheid als bedoeld in de gelijkebehandelingswetgeving. Het geven van een oordeel over een klacht behoort echter niet tot het takenpakket van de antidiscriminatievoorziening.

Nederlandse Arbeidsinspectie

De Nederlandse Arbeidsinspectie is de toezichthouder op het terrein van het ministerie van SZW. Dit toezicht strekt zich evenwel niet uit tot de voorschriften in de Wmk. Na invoering van het Wetsvoorstel toezicht gelijke kansen bij werving en selectie verkrijgt de Nederlandse Arbeidsinspectie echter handhavende bevoegdheden om erop toe te zien dat werkgevers beschikken over een werkwijze voor werving en selectie met voldoende waarborgen om arbeidsdiscriminatie tegen te gaan. De inzet van aanstellingskeuringen maakt onderdeel uit van deze werkwijze. De taakomschrijving van de Nederlandse Arbeidsinspectie is echter geheel anders dan die van de CKA. De handhaving door de Nederlandse Arbeidsinspectie is namelijk niet gericht op individuele situaties.

Civiele procedure

Een sollicitant die wordt geconfronteerd met een aanstellingskeuring die niet in overeenstemming is met de Wmk, kan – eventueel na een oordeel van de CKA – een civiele procedure starten. Het grote voordeel van een gerechtelijke uitspraak ten opzichte van een oordeel van de CKA, is dat de uitspraak van een rechter bindend is en rechtsgevolgen heeft. In de gepubliceerde rechtspraak zijn hiervan evenwel geen voorbeelden te vinden. De sollicitant kan op grond van de onrechtmatige daad een schadevergoeding of indienstneming vorderen. Het vorderen van een schadevergoeding ligt daarbij het meest voor de hand.

7.5 Indien blijkt dat de CKA onvoldoende aan haar taakomschrijving kan voldoen, wat is er voor nodig om dat te veranderen? Wat zijn de verschillende opties?

De CKA is slechts in beperkte mate in staat om haar taakomschrijving – het bevorderen van een goede toepassing en naleving van de Wmk – goed te vervullen. Er zijn verschillende mogelijkheden om hier een verbetering in aan te brengen.

Naamsbekendheid

Het vermoeden is dat de CKA geen grote bekendheid heeft bij de doelgroepen. Daarbij rijzen ook twijfels over de vraag of sollicitanten wel voldoende op de hoogte zijn van de regels rondom aanstellingskeuringen en het stellen van gezondheidsvragen niet herkennen als iets dat in strijd is met de wet. Het bevorderen van de naamsbekendheid door het geven van voorlichting kan mogelijk bijdragen aan een betere probleemherkenning bij de doelgroep.

Uitbreiding formeel takenpakket

Het takenpakket van de CKA is vrij reactief van aard. Het gevolg hiervan is dat de CKA voor het vervullen van haar taakuitoefening sterk afhankelijk is van het aantal binnengekomen klachten en adviesaanvragen. Een

grotere bijdrage aan de goede toepassing en naleving van de Wmk kan vermoedelijk worden verwacht wanneer de CKA taken krijgt waarvoor zij niet afhankelijk is van de bereidheid en/of mogelijkheid van burgers om actie te ondernemen. Wel blijkt uit de jaarverslag dat de CKA door de jaren heen al steeds meer is gaan inzetten op het uitvoeren van eigen onderzoek en het geven van voorlichting. Hoewel het uitbreiden van het formele takenpakket met deze taken beter zou aansluiten bij de praktijk, wordt hiermee niet meteen de bijdrage aan de goede toepassing van de Wmk bevorderd. Het is evenwel niet duidelijk in welke mate de CKA zich met deze taken bezighoudt, dus mogelijk valt hier nog winst te behalen.

Klachtenafhandeling en adviesverlening over aanverwante wet- en regelgeving

De CKA moet naar eigen zeggen bij de klachtenafhandeling en adviesverlening over de aanstellingskeuring steeds vaker aanverwante wet- en regelgeving toepassen, zoals de WGBO en de AVG. Het lijkt er echter op dat de CKA niet bevoegd is hierover een klachtenbeoordeling of advies te geven, omdat de taakomschrijving van de CKA zich blijkens de parlementaire geschiedenis beperkt tot de in de Wmk en het Besluit aanstellingskeuringen neergelegde eisen die aan de aanstellingskeuring worden gesteld. De vraag rijst of de taakomschrijving van de CKA in dit licht moet worden uitgebreid. Een voordeel hiervan is dat de CKA indieners van een zo volledig mogelijk oordeel of advies kan voorzien. Er zijn echter ook risico's. Zo bestaat het gevaar dat fouten worden gemaakt doordat expertise over aanverwante wet- en regelgeving niet noodzakelijkerwijs binnen de CKA aanwezig hoeft te zijn. Ook is van belang dat de aanverwante wet- en regelgeving veelal de AVG en gelijkebehandelingswetten betreft, waarvoor de wetgever zelfstandige klachteninstitutes heeft ingesteld. Wanneer meerdere instanties over dezelfde wet- en regelgeving oordelen, bestaat het risico dat uiteenlopende oordelen worden gegeven. Tot slot is het niet eenvoudig om de bevoegdheid van de CKA ten aanzien van aanverwante wet- en regelgeving goed af te bakenen. De CKA heeft uitsluitend bevoegdheden ten aanzien van aanstellingskeuringen. Wanneer staat een vraag over bijvoorbeeld de AVG of gelijkebehandelingswetgeving voldoende in verband met een aanstellingskeuring om daarover als CKA een oordeel te mogen geven? Over deze risico's moet goed worden nagedacht.

Uitbreiding werkkerrein: medische keuringen tijdens dienstverband

Eén van de subdoelstellingen van de Wmk is het voorkomen van ongewenste risicoselectie op basis van gezondheid. De vraag is echter of de Wmk deze doelstelling in haar huidige vorm nog steeds kan bereiken. Werkgevers proberen hun ziekte- en arbeidsongeschiktheidsrisico vandaag de dag zoveel mogelijk te beperken door gebruik te maken van flexibele arbeidscontracten. Dit biedt werkgevers enerzijds de mogelijkheid om de duur van een eventuele loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte te beperken, en anderzijds de gelegenheid om gedurende het tijdelijke dienstverband alsnog een medische keuring te laten uitvoeren. De Wmk staat aan dergelijke keuringen niet in de weg, nu deze wet alleen van toepassing is op keuringen bij het aangaan of wijzigen van een arbeidsovereenkomst. Overwogen kan worden om het werkkerrein van de CKA uit te breiden naar medische keuringen tijdens dienstverband.

Openbaarmaking van oordelen

De oordelen van het College voor de Rechten van de Mens worden – anders dan de oordelen van de CKA – niet-geanonimiseerd openbaar worden gemaakt. Waar bij de CKA als uitgangspunt geldt ‘geanonimiseerd, tenzij’ luidt bij het College de hoofdregel ‘niet-geanonimiseerd, tenzij’. Hoewel het College voor de Rechten van de Mens en de CKA beide geen sanctiebevoegdheden hebben, kan wel worden betoogd dat van het vermelden van de naam van het bedrijf of de organisatie waarover wordt geklaagd een sanctionerende werking uitgaat (het ‘naming and shaming’-principe). De CKA kan eveneens gebaat zijn bij deze mogelijkheid. De minister van SZW heeft in het Actieplan Arbeidsmarktdiscriminatie 2022-2025 aangegeven voornemens te zijn om te onderzoeken welke aanvullende mogelijkheden er zijn om openbaarmaking/naming and shaming rondom het thema discriminatie toe te passen. Het zou mooi zijn als de CKA hier een rol kan vervullen.

Uitbreiding bevoegdhedenpakket: eigen procesbevoegdheid

Een ander verschil tussen het College voor de Rechten van de Mens en de CKA is dat het College de bevoegdheid heeft om naar aanleiding van een gegeven oordeel in rechte te vorderen dat een gedraging in strijd is met de gelijkebehandelingswetten. Aanleiding voor het uitoefenen van deze bevoegdheid kan onder meer zijn gelegen in de ernst van het gemaakte onderscheid, de te verwachten precedentwerking of de aard van de afweging van de in het geding zijn de belangen. De CKA heeft de bevoegdheid om zelf naar de rechter toe te stappen niet, maar is hier mogelijk wel bij gebaat. In de onderzoeksopdracht komt immers naar voren dat bijvoorbeeld het ministerie van Defensie de oordelen van de CKA keer op keer naast zich neer blijft leggen.

Uitbreiding bevoegdhedenpakket: sancties

Een van de knelpunten met betrekking tot de taakuitoefening door de CKA is dat een oordeel van de CKA over een klacht niet bindend is en geen rechtsgevolgen heeft. Voor een bindende uitspraak moet de klager zich alsnog tot de rechter wenden. Men kan zich afvragen of het nodig is om de CKA alsnog sanctiebevoegdheden toe te kennen. Uit onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens blijkt dat de oordelen van het College in veruit de meeste gevallen worden opgevolgd. Ondanks dat het College en de CKA niet één op één gelijk te stellen zijn, roept dit wel twijfels op over de noodzaak van sanctiebevoegdheden. Daar komt bij dat een sollicitant er niet meteen bij gebaat hoeft te zijn als de CKA een sanctie kan opleggen. Het opleggen van de verplichting om een sollicitant alsnog in dienst te nemen, zal in de praktijk immers weinig opleveren wanneer het een arbeidsovereenkomst met een proeftijd betreft. Het opleggen van de verplichting om een schadevergoeding of een boete te betalen ligt dan ook meer voor de hand, maar hierbij bestaat het gevaar dat werkgevers een kosten- en batenafweging gaan maken.