

VOORWOORD

Het afgelopen jaar heeft de Hoge Raad over veel arbeidsrechtelijke onderwerpen uitspraken gedaan. De ontwikkelingen binnen het arbeidsrecht komen dus vooral vanuit de rechterlijke macht, en (nog) veel minder door wetgeving. Hoewel hier en daar wel wat arbeidsrechtelijk relevante deelwetgeving is ingevoerd, is de blik vooral op 2020 gericht. Met het Wetsvoorstel arbeidsmarkt in balans (Wab) probeert de regering een aantal gevolgen van de WWZ bij te sturen om op die manier 'flex minder flex' en 'vast minder vast' te maken. Verder is opdracht gegeven aan een commissie om een aantal zaken die voor het arbeidsrecht in het algemeen van belang zijn, zoals ontwikkelingen op de arbeidsmarkt rond zzp'ers, de wet DBA, technologische ontwikkelingen, regelgeving rond arbeidsongeschiktheid etc. in samenhang te gaan beoordelen.

Het huidige arbeidsrecht vindt zijn wortels in het Burgerlijk Wetboek van 1907. Uiteraard is het gemoderniseerd en aangepast in de loop van de tijd, maar om het arbeidsrecht ook voor de rest van de 21e eeuw bestendig te maken moet er misschien fundamenteel wat veranderen. In dat opzicht zijn het dus op meerdere vlakken spannende arbeidsrechtelijke tijden: een actieve Hoge Raad, een grote wetswijziging in het vooruitzicht en tegelijkertijd het diepgaand nadenken door de commissie over een visie op lange termijn. Ondanks deze ontwikkelingen blijf ik in dit boek nog steeds de *bestaande regels* op praktische manier uitwerken.

Alleen wetswijzigingen die daadwerkelijk waren aangenomen per 1 december 2018 zijn in dit boek opgenomen. Student-assistente Lina Knol wordt bedankt voor het verzamelen van belangrijke rechtspraak.

Bijna overal waar 'hij' of 'werknemer' staat, kan ook 'zij' of 'werkneemster' worden gelezen.

Tilburg,

Mark Diebels

KZO|013 Advocaten en universitair docent Universiteit Utrecht

Sollicitatiefase

1.1 Regels in de sollicitatiefase

Bij werving en selectie, dus voordat er sprake is van een arbeidsovereenkomst, spelen bepaalde normen een rol. Door de Stichting van de Arbeid en de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling zijn gedragsregels opgesteld om te zorgen voor een redelijke en zorgvuldige sollicitatieprocedure. Daarnaast mag een werkgever bij het werven en selecteren wettelijk op bepaalde gronden geen onderscheid maken tussen kandidaten. Ten slotte zijn er beperkingen gesteld aan de mogelijkheden om sollicitanten medisch te keuren.

1.2 Werving en selectie

1.2.1 *Zorgvuldigheid*

Een potentiële werkgever moet ten opzichte van een sollicitant zorgvuldig optreden. Bij onzorgvuldig handelen kan een sollicitant schade lijden, die te verhalen is op de potentiële werkgever. Het moet daarbij gaan om onrechtmatig handelen. Een werkgever selecteert bijvoorbeeld een kandidaat en geeft hem te kennen dat hij voor bepaalde tijd in dienst kan treden. De sollicitant zegt vervolgens zijn bestaande arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op. Voordat overeenstemming is bereikt met de nieuwe werkgever over de inhoud van de arbeidsovereenkomst laat die de vacature vervallen omdat bij nader inzien intern is besloten de vacature toch niet op te vullen. Dit is in strijd met de zorgvuldigheid die van een werkgever mag worden verwacht.

Een houvast voor een zorgvuldig werving- en selectiebeleid zijn de regels die zijn opgesteld door de Stichting van de Arbeid en de Nederlandse Vereniging voor Personeelsmanagement en Organisatieontwikkeling (NVP): de zogeheten 'Sollicitatiecode'. Dit zijn geen wettelijke regels, maar wel belangrijke aanwijzingen over hoe in Nederland met werving en selectie moet worden omgegaan.

Deze regels voorzien ook in de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de Klachteninstantie NVP-Sollicitatiecode als men twijfelt over de redelijkheid en zorgvuldigheid van een gevolgde sollicitatieprocedure. Het is aan te bevelen in samenspraak met de ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging een beleid vast te stellen op het gebied van werving en selectie. Ook cao-partijen kunnen daarin een rol spelen.

1.2.2 *Goed werving- en selectiebeleid*

De uitgangspunten en regels van de Stichting van de Arbeid en de NVP voor een goed werving- en selectiebeleid zijn medio 2016 herzien en zijn nu de volgende:

- Een eerlijke kans op aanstelling, waarmee wordt bedoeld gelijke kansen bij gelijke geschiktheid. De werkgever moet zijn keuze bepalen op basis van geschiktheid voor de functie.
- Sollicitanten worden deugdelijk en volledig geïnformeerd over de procedure (ook als sociale media daarbij een rol spelen), over de inhoud van de vacante functie en over de plaats daarvan in de organisatie.
- Van een sollicitant wordt slechts die informatie gevraagd die nodig is voor de beoordeling van de geschiktheid voor de functie.
- De sollicitant verschaft aan de organisatie de informatie die deze nodig heeft om een waar en getrouw beeld te krijgen van de geschiktheid van de sollicitant voor de vacante functie.
- De sollicitant en de organisatie zijn zich er van bewust dat beschikbare informatie van open bronnen, zoals internet en informatie via derden verkregen niet altijd betrouwbaar is. De verkregen informatie zal met vermelding van de bron met de sollicitant worden besproken en de organisatie is transparant over de verkregen informatie.
- De verkregen informatie wordt vertrouwelijk en zorgvuldig behandeld. Ook in andere opzichten wordt de privacy van de sollicitant gerespecteerd.
- De organisatie moet binnen een redelijke termijn schriftelijk reageren op een schriftelijk ingediende klacht van een sollicitant over onzorgvuldige, onbillijke of onjuiste behandeling.
- Het is van belang dat de sollicitant vooraf zekerheid heeft over de sollicitatieprocedure die wordt gevolgd. Zowel organisatie als sollicitant kan vragen om afwijking van die procedure. Als de werkgever afwijkt moet dit aan de sollicitant worden meegedeeld en toegelicht.

Voor zover mogelijk zijn de uitgangspunten voor een redelijk en zorgvuldig werving- en selectiebeleid van toepassing op werving via openbare bekendmaking (advertentie, internet), werving in beperkte kring (bijvoorbeeld via kennissen, UWV of intern)

of via externe bemiddelingsbureaus. Stap voor stap betekent dit voor de werving- en selectieprocedure het volgende.

1.2.3 *Beschrijving van de vacature*

Als er een vacature te vervullen is, maakt de werkgever een beschrijving van de vacante functie waarin de relevante kenmerken worden vermeld. Daartoe behoren in elk geval:

- De taakhoud en verantwoordelijkheid.
- De plaats in de organisatie.
- De aard van het dienstverband (bijvoorbeeld voor bepaalde tijd of detachering).
- De arbeidstijden en de arbeidsduur (bijvoorbeeld ploegendienst of deeltijd).
- De standplaats.

Daarnaast kan de werkgever ook functie-eisen stellen die betrekking hebben op vakbekwaamheid, waaronder wordt verstaan: opleiding, kennis en ervaring, competenties, gedrag en persoonlijke kenmerken. Eisen ten aanzien van persoonlijke kenmerken worden alleen gesteld als ze in verband met de goede functieervulling noodzakelijk zijn en voor zover ze niet in strijd zijn met de wettelijke regelingen voorgelijke behandeling.

1.2.4 *Werving*

Een personeelsadvertentie vermeldt naast de relevante kenmerken van de functie ook nog:

- De wijze van solliciteren (bijvoorbeeld of een sollicitatieformulier moet worden opgevraagd).
- Welke informatie de sollicitant moet verschaffen, zoals over opleiding, diploma's, beroepsverleden en ervaring.
- Eventuele bijzondere selectieprocedures/middelen, zoals een psychologisch onderzoek of antecedentenonderzoek.
- Een eventuele aanstellingskeuring.
- De termijn waarbinnen moet worden gesolliciteerd.

Als het stellen van een leeftijdsgrens noodzakelijk is, wordt de reden daarvan aangegeven. Als een voorkeursbeleid wordt gevoerd ten aanzien van een bepaalde groep, dan moet dat uitdrukkelijk worden gemeld. Een werkgever mag van een sollicitant geen pasfoto's eisen voordat de sollicitant voor een bezoek is uitgenodigd.

1.2.5 *Selectie*

Na de sluitingsdatum voor reacties bericht de werkgever zo spoedig mogelijk, dat wil zeggen binnen enkele weken:

- Of de sollicitant is afgewezen.
- Of hij wordt uitgenodigd.
- Of zijn sollicitatie wordt aangehouden, met in dat geval een termijn waarbinnen nader bericht volgt.

Als de sollicitant voor een gesprek wordt uitgenodigd of als zijn sollicitatie wordt aangehouden, maakt de werkgever het verdere verloop van de sollicitatieprocedure duidelijk, mét een inschatting van de tijdsduur. De werkgever vermeldt ook of redelijke kosten worden vergoed. In de selectiefase stelt de werkgever alleen vragen over aspecten die voor de functie en/of voor de functieervulling relevant zijn, zoals over vakbekwaamheid (opleiding, kennis en ervaring). Uiteraard verstrekt de werkgever naar waarheid alle informatie aan de sollicitant die hij nodig heeft om zich een zo volledig mogelijk beeld te vormen van de vacature en van de organisatie. De sollicitant moet zich op verzoek legitimeren. De organisatie mag internet gebruiken maar moet zorgvuldigheid en vertrouwelijkheid garanderen.

1.2.6 *Nader onderzoek en medische keuring*

Soms kan het voor een werkgever noodzakelijk zijn om nog een nader onderzoek in te stellen naar de sollicitant. Als de werkgever inlichtingen wil inwinnen bij derden, mag dat alleen als de sollicitant daarvoor van tevoren toestemming geeft. De informatie, die wordt opgevraagd, moet direct verband houden met de vacature en mag geen onevenredige inbreuk maken op de privacy van de sollicitant. Dat geldt ook voor informatie die de werkgever via internet (zoals sociale media) of andere bronnen wil zoeken. De sollicitant en de arbeidsorganisatie moeten zich er volgens de Sollicitatiecode wel van bewust zijn volgens de Sollicitatiecode, dat informatie van open bronnen, zoals internet en informatie via derden niet altijd betrouwbaar is. De website van de Autoriteit Persoonsgegevens geeft informatie over privacyaspecten tijdens de sollicitatieprocedure. Dat is in verband met invoering van de AVG extra relevant. Vragen naar het ziekteverzuim in een vorige werkkring is wettelijk verboden.

De relevante informatie die op deze manier is verkregen moet vervolgens, met bronvermelding, aan de sollicitant worden meegedeeld en worden besproken.

Als een psychologisch onderzoek of een assessment wordt gehouden kan dat alleen door of onder verantwoordelijkheid van een erkend psycholoog. Ook hiervoor geldt weer dat het onderzoek of de assessment alleen betrekking mag hebben op punten

die relevant zijn voor de functie. Een sollicitant is niet verplicht hieraan mee te werken. Als hij niet meewerkt mag de werkgever de sollicitant afwijzen. De uitkomsten van het onderzoek of de assessment mogen alleen met toestemming van de sollicitant aan de werkgever worden meegedeeld.

Daarnaast kan het voorkomen dat ook een medische keuring gewenst is. Hiervoor gelden aparte regels. De werkgever laat alleen die sollicitant medisch onderzoeken die hij denkt aan te stellen. Daarmee is duidelijk dat medische geschiktheid geen selectie criterium mag zijn. Pas als de keuze is gemaakt voor één van de sollicitanten mag de werkgever dus een medische keuring voorstellen. Als een medische keuring namelijk al in een eerdere fase zou zijn toegestaan, dan zou kunnen worden geselecteerd op medische aspecten en dat is juist niet de bedoeling.

1.2.7 **Eindselectie en beslissing**

Als de werkgever in de sollicitatieprocedure op een bepaald moment besluit dat een sollicitant niet in aanmerking komt voor de vacature, krijgt deze daarvan binnen twee weken schriftelijk of per e-mail bericht. De afwijzing wordt zo goed mogelijk gemotiveerd. Schriftelijke gegevens, die afkomstig zijn van de sollicitant, worden binnen vier weken na de afwijzing teruggezonden of vernietigd behalve als iets anders is afgesproken. Worden de gegevens van een sollicitant in portefeuille gehouden dan moet hij binnen één jaar worden benaderd voor actualisering én voor nieuwe toestemming om de gegevens te mogen bewaren. Als uiteindelijk de beslissing is gevallen en één sollicitant is geselecteerd dan is het zorgvuldig om bij aanstelling alle afspraken en toezeggingen schriftelijk vast te leggen.

1.2.8 **Klachtenbehandeling**

Als een sollicitant meent dat hij onzorgvuldig, onbillijk of onjuist is behandeld, heeft hij het recht om schriftelijk bij de werkgever te klagen. De werkgever moet een schriftelijke klacht van een sollicitant onderzoeken en vervolgens binnen één maand schriftelijk en gemotiveerd zijn bevindingen meedelen. Als er een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld dan wordt die jaarlijks geïnformeerd over het aantal, de aard en de wijze van afhandeling van de ingediende klachten. Als de sollicitant geen of een onbevredigende reactie heeft gekregen van de werkgever, dan kan hij zich met zijn schriftelijke klacht wenden tot de Klachteninstantie NVP-Sollicitatiecode (www.nvp-plaza.nl). Die toetst de schriftelijke klacht vervolgens aan de regels zoals die zijn opgesteld in samenwerking met de Stichting van de Arbeid. Een uitspraak wordt – na hoor en wederhoor – schriftelijk toegestuurd aan de sollicitant en aan de werkgever.

De uitspraak van de Klachteninstantie is juridisch niet bindend, maar moet worden gezien als een zwaarwegend advies. Overigens verklaart de Klachteninstantie zich niet bevoegd als er een klacht wordt ingediend wegens een inbreuk op een wettelijke regeling. Een sollicitant wordt in dat geval verwezen naar de rechter, het College voor de Rechten van de Mens of de Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen.

1.3 Gelijke behandeling

1.3.1 *Verbod ongelijke behandeling*

Bij de werving en selectie van personeel, bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst of bij het toekennen van arbeidsvoorwaarden is het maken van onderscheid soms verboden. Zo hoort het tot de verantwoordelijkheid van de werkgever dat er op de werkvloer niet wordt gediscrimineerd. Omdat een werkgever geen ongelijke behandeling bij werving en selectie mag toepassen, mag hij geen irrelevante functie-eisen stellen die misschien discriminerend zijn. Een werkgever mag bijvoorbeeld niet eisen dat een sollicitant de Nederlandse taal redelijk of goed beheerst, als dit voor een goede vervulling van de functie niet strikt nodig is. Het toch hanteren van dit criterium kan een onderscheid opleveren naar nationaliteit of ras.

Het verbod op discriminatie in de sollicitatiefase gaat zelfs zo ver dat er geen ongelijke behandeling mag worden toegepast bij het laten volgen van onderwijs, scholing of vorming voorafgaand aan de arbeidsovereenkomst. Elke sollicitant moet dus in principe in staat worden gesteld dezelfde scholing te volgen als de werkgever zo'n scholing aanbiedt.

1.3.2 *Niet van toepassing op kerkgenootschappen*

De regels rond gelijke behandeling zijn in principe niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die door kerkgenootschappen of andere genootschappen op geestelijke grondslag worden aangegaan. Het hangt daarbij wel af van het soort arbeidsovereenkomst dat wordt aangeboden. Er bestaat bij een kerkgenootschap een verschil tussen een sollicitatie van een schoonmaker en bijvoorbeeld een koster of zendingswerker. Bij de schoonmaker is het maken van onderscheid niet toegestaan, bij de koster of zendingswerker wel. De regels voor gelijke behandeling zijn ten slotte ook niet van toepassing op geestelijke ambten of de opleiding daarvoor. Dat betekent bijvoorbeeld dat een vrouw niet hoeft te worden aangesteld als priester en mag worden geweigerd voor de priesteropleiding.

1.3.3 *Verboden discriminatiegronden*

In de sollicitatiefase is het voor de werkgever verboden om direct of indirect onderscheid te maken op grond van:

- Godsdienst.
- Levensovertuiging.
- Politieke gezindheid.
- Ras.
- Geslacht.
- Nationaliteit.
- Hetero- of homoseksuele geaardheid.
- Burgerlijke staat.
- Leeftijd.
- Chronische ziekte.
- Handicap.

Ten aanzien van het begrip ras geldt dat daaronder in brede zin wordt verstaan huidskleur, afkomst, nationale of etnische afstamming. De gelijke behandelingsregels zijn ook van toepassing buiten de sollicitatiefase namelijk bij het toekennen van arbeidsvoorwaarden of het al dan niet voor promotie of ontslag voordragen van werknemers.

Onder een verbod op onderscheid wordt ook verstaan dat een werkgever op de werkplek intimidatie moet voorkomen en bestrijden. Onder intimidatie wordt verstaan: gedrag dat met één van de verboden discriminatiegronden verband houdt en dat tot doel of gevolg heeft dat de waardigheid van de persoon wordt aangetast en dat een bedreigende, vijandige, beledigende, vernederende of kwetsende omgeving wordt gecreëerd. Seksuele intimidatie is een vorm van discriminatie naar geslacht.

1.3.4 *Direct en indirect onderscheid*

Zowel het maken van direct als indirect onderscheid is verboden. Bij direct onderscheid is er een rechtstreeks verband met een van de hiervoor genoemde gronden, dus als een persoon op een andere wijze wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld. Een voorbeeld is dat een sollicitant niet wordt aangenomen omdat hij een donkere huidskleur heeft, terwijl een blanke de baan wel krijgt. Bij indirect onderscheid gaat het om onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen dan die zijn genoemd, maar die directe discriminatie tot gevolg hebben. Die andere hoedanigheden of gedragingen zijn ogenschijnlijk neutraal,

maar treffen in de praktijk bepaalde groepen toch bijzonder. Een voorbeeld is dat in een bedrijf aan nieuwe oproepkrachten alleen een arbeidsovereenkomst tegen het minimumloon wordt aangeboden, terwijl aan andere nieuwe werknemers voor exact hetzelfde werk een veel hoger loon wordt aangeboden. Er is sprake van indirect onderscheid naar geslacht als blijkt dat met name vrouwen bij deze werkgever werkzaam zijn als oproepkracht. Het onderscheid wordt ogenschijnlijk neutraal gemaakt op grond van het soort contract, maar het gevolg is dat er wordt gediscrimineerd tussen mannen en vrouwen, omdat vooral vrouwen worden benadeeld.

1.3.5 Uitzonderingen

Er is een aantal situaties waarin het maken van onderscheid wél is toegestaan:

- 1) Het maken van *indirect* onderscheid is soms toegestaan, namelijk als er voor dat indirecte onderscheid een objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat. Of er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond is afhankelijk van een aantal factoren:
 - Het maken van indirect onderscheid moet beantwoorden aan een werkelijke behoefte van de onderneming.
 - Het maken van indirect onderscheid moet geschikt zijn om het doel te bereiken.
 - Het maken van indirect onderscheid moet noodzakelijk zijn om het doel te bereiken.
 - Aan het nagestreefde doel is iedere discriminatie vreemd.
- 2) Het maken van *direct* onderscheid is in beginsel verboden. Een belangrijke uitzondering daarop is de mogelijkheid van positieve discriminatie. Positieve discriminatie is alleen toegestaan voor vrouwen of bij leden van etnische of culturele minderheidsgroepen. Een voorkeursbehandeling moet tot doel hebben om feitelijke ongelijkheid op te heffen of te verminderen. Het toepassen van positieve discriminatie moet in redelijke verhouding staan tot dat doel. De feitelijke ongelijkheid of achterstand moet bovendien binnen de onderneming bestaan (en niet in het algemeen op de arbeidsmarkt) én duidelijk aantoonbaar zijn aan de hand van bijvoorbeeld statistische gegevens.

De mate van achterstand bepaalt of voorkeursbeleid gerechtvaardigd is. Het is duidelijk dat in een onderneming met 90% mannen en 10% vrouwen een ruimer voorkeursbeleid op geslacht mag worden gevoerd dan in een bedrijf waar 60% mannen en 40% vrouwen werkzaam zijn. Ten slotte moet het toepassen van positieve discriminatie ook daadwerkelijk tot effect kunnen hebben dat de achterstand van de bevoorrechte groep wordt verminderd of opgeheven.

Een andere wettelijke uitzondering waarbij directe discriminatie is toegestaan, is bij discriminatie op grond van leeftijd: onderscheid mag bij een objectieve rechtvaardigingsgrond, én voor het voeren van bepaald leeftijdsgericht arbeidsmarktbeleid of gekoppeld aan het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Een voorbeeld van geoorloofd direct onderscheid op basis van leeftijd is het pensioenontslag bij KLM-piloten. Het werd objectief gerechtvaardigd gevonden om piloten verplicht met pensioen te laten gaan op 56-jarige leeftijd, vanuit het oogpunt van specifiek sociaal werkgelegenheidsbeleid bij KLM.

- 3) In gevallen waarin bijvoorbeeld geslacht (zie betreffende hoofdstuk), uiterlijke raciale kenmerken of de nationaliteit een wezenlijk en bepalend beroepsvereiste zijn, is directe discriminatie toegestaan. Voorbeelden van toegestane directe discriminatie:
- De uitoefening van het beroep of de activiteit van acteur, danser of kunstenaar voor zover het beroep of de activiteit betrekking heeft op het vertolken van een bepaalde rol. De rol van Romeo mag bijvoorbeeld worden voorbehouden aan een man.
 - De uitoefening van het beroep of de activiteit van mannequin, van model voor beeldend kunstenaars, fotografen, cineasten, kappers, grimeurs en schoonheidsspecialisten voor zover er redelijke eisen kunnen worden gesteld aan uiterlijke kenmerken: voor het showen van dameskleding mag bijvoorbeeld de eis worden gesteld dat alleen vrouwen mogen solliciteren.

Een voorbeeld van toegestaan direct onderscheid naar nationaliteit is de regel dat in het Nederlands voetbalelftal alleen maar Nederlanders mogen worden opgesteld.

- 4) Ook mag direct onderscheid worden gemaakt op grond van nationaliteit als dat onderscheid is gebaseerd op wettelijke of internationale regels. Een voorbeeld daarvan is dat men de Nederlandse nationaliteit moet bezitten om politieagent te worden.

1.3.6 *Gelijke behandeling mannen en vrouwen*

Naast een algemene wettelijke plicht om op verschillende gronden niet te discrimineren bestaat er voor de werkgever ook nog een specifieke plicht om geen onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Ook hier geldt weer dat geen direct en geen indirect onderscheid mag worden gemaakt. Bij indirect onderscheid moet worden gedacht aan het maken van onderscheid op grond van bijvoorbeeld:

- Echtelijke staat.
- Kostwinnerschap.
- Gezinsomstandigheden.

Door het maken van een dergelijk onderscheid worden vaak vrouwen nadelig getroffen. Of dat bij de betrokken werkgever het geval is, moet statistisch worden bewezen. Gegevens over de algemene situatie op de arbeidsmarkt zijn niet van belang.

De werkgever is verder verplicht tot gelijke behandeling in de arbeidsomstandigheden, waaronder de plicht valt intimidatie of seksuele intimidatie te voorkomen en tegen te gaan.

1.3.7 *Personeelsadvertenties*

Om te voorkomen dat al in een vroeg stadium onderscheid naar geslacht mogelijk is, moet uit een personeelsadvertentie qua tekst en vormgeving duidelijk blijken dat zowel mannen als vrouwen voor de vacature in aanmerking komen.

M/V

Als voor de vacature een functiebenaming wordt gebruikt dan moet zowel de mannelijke als de vrouwelijke vorm worden genoemd óf moet uitdrukkelijk worden vermeld dat zowel vrouwen als mannen in aanmerking komen. Een voorbeeld daarvan is een vacature voor de functie van secretaresse m/v. De toevoeging 'm/v' is niet verplicht. Een andere manier kan ook voldoende zijn als maar duidelijk is dat zowel mannen als vrouwen in aanmerking komen.

De tekst en vormgeving van de advertentie moeten ook seksneutraal zijn. In ieder geval mag de advertentie niet de indruk wekken dat slechts personen van één geslacht in aanmerking komen voor de vacature. Dit zal afhangen van eventuele illustraties of gebruikte voornaamwoorden in samenhang met de rest van de advertentie. Een voorkeursbehandeling bij werving of selectie moet in de advertentie met zoveel woorden worden aangegeven.

Als de vacature niet overeenstemt met deze eisen, levert dat een onrechtmatige daad op. De rechter kan dan op eis van een sollicitant een rectificatie bevelen.

1.3.8 *Zwangerschap en bevalling*

Als een zwangere of pas bevallen sollicitante vanwege haar zwangerschap of bevalling niet wordt aangenomen, levert dat directe discriminatie naar geslacht op. Elk onderscheid gebaseerd op zwangerschap, bevalling of moederschap is daarom verboden. Als een werkgever een zwangere werkneemster niet aanneemt, omdat zij vanwege de zwangerschap en/of bevalling een belangrijk deel van de tijd niet aanwezig is, is er nog steeds sprake van directe discriminatie. Het niet aannemen kan dan niet worden gerechtvaardigd door

de (langdurige) afwezigheid van de werknemster, omdat die afwezigheid direct is terug te voeren op de zwangerschap of bevalling. Daarmee is het in feite discriminatie naar geslacht.

Uit dit verboden onderscheid volgt dat voor een werkgever in principe niet relevant mag zijn of een sollicitante zwanger is of net is bevallen. Dat betekent het volgende:

- Een sollicitante hoeft geen vragen te beantwoorden gericht op informatie over zwangerschap of bevalling.
- Het onjuist beantwoorden van dergelijke vragen kan niet tegen de sollicitante worden gebruikt, omdat de vraag gewoonweg niet mag worden gesteld.
- Een sollicitante hoeft in beginsel niet uit zichzelf mededelingen te doen over zwangerschap en/of bevalling.

1.3.9 *Uitzonderingen op verboden m/v-onderscheid*

Het maken van onderscheid op grond van geslacht is in een aantal situaties niet verboden:

- In gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, met name in verband met zwangerschap en moederschap. Een werkgever mag bij een sollicitatie een zwangere sollicitante afwijzen als blijkt dat aan de functie gevaren voor de zwangerschap kleven.
- Voor een baan in een particuliere huishouding. Daarin mag altijd een eis gesteld worden aan het geslacht.
- In gevallen waarin het geslacht bepalend is. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om situaties waarin de fysieke verschillen tussen mannen en vrouwen van belang zijn. Een voorbeeld is dat een toneelgezelschap bij het aannemen van iemand voor de rol van Julia de eis mag stellen dat het een vrouw is.
- In sommige gevallen van persoonlijke bediening, verzorging, verpleging of opvoeding dan wel hulpverlening, dus voor functies waarin bij de behandelde of verzorgde personen angstgevoelens of ernstige schaamte kunnen optreden. Een voorbeeld is het aannemen van alleen vrouwen voor de opvang van mishandelde vrouwen of voor de behandeling van patiënten met ernstige seksuele stoornissen.
- In verband met de bescherming van de gezondheid, voor zover voor een doelmatige bescherming onderscheid op grond van geslacht nodig is.
- Bij het verlenen van diensten die uitsluitend kunnen worden verleend aan mannen dan wel vrouwen.

1.3.10 *Bewijslast en bescherming*

Een belangrijke regel bij de discriminatieverboden is de verschuiving van de bewijslast. Als iemand meent dat hij benadeeld is doordat onterecht de voorkeur is gegeven aan een ander moet hij feiten aanvoeren die *kunnen doen vermoeden* dat er onderscheid is gemaakt op een verboden grond. De andere partij moet dan bewijzen dat hij **niet** in strijd met het discriminatieverbod heeft gehandeld. In de praktijk moet een afgewezen sollicitant dus feiten of omstandigheden aanvoeren waaruit kan blijken dat hij is gediscrimineerd. De aanstaande werkgever moet dan bewijzen dat deze sollicitant is afgevalen om een geldige reden. Het is duidelijk dat deze bewijslast voor de werkgever zwaar weegt. Deze bewijslast geldt ook voor werknemers die er een beroep op doen seksueel geïntimideerd te zijn.

Een werknemer wordt niet alleen beschermd tegen de discriminatie zelf, maar ook tegen benadeling omdat hij heeft geprotesteerd tegen de discriminatie. Dat kan een protest zijn omdat hij zelf slachtoffer van ongelijke behandeling is, maar ook het helpen van een collega die wordt gediscrimineerd.

1.4 **Medische keuring**

1.4.1 *Inleiding*

Voordat een werknemer in dienst wordt genomen, mag een werkgever hem medisch laten keuren. Onder keuring wordt verstaan zowel het stellen van vragen over de gezondheidstoestand als het verrichten van medisch onderzoek. Zo'n keuring mag ook worden verplicht bij een wijziging van functie. Alleen de keurend arts mag vragen stellen en inlichtingen inwinnen over de gezondheidstoestand en het medische verleden. De werkgever heeft dat recht niet.

1.4.2 *Keuringsregels*

Een dergelijke keuring is onderworpen aan strenge regels.

- Beperking tot doel
Als eerste regel geldt dat de medische keuring naar aard, inhoud en omvang wordt beperkt tot het doel waarvoor de keuring wordt verricht. Zo mag bijvoorbeeld in een aanstellingskeuring niet worden gevraagd naar bepaalde erfelijke afwijkingen in de familie, terwijl zo'n vraag voor bijvoorbeeld een verzekeringskeuring in sommige gevallen wél mag.

- Keuringsgegevens alleen gebruiken voor doel
Alle informatie, die op grond van een aanstellingskeuring wordt verkregen, mag alleen worden gebruikt in verband met die aanstelling. De verkregen gegevens mogen niet voor een ander doel worden gebruikt, zoals bijvoorbeeld een collectieve ziektekostenvoorziening.

- Geen onevenredige inbreuk op de privacy
Bij een keuring worden geen vragen gesteld en geen medische onderzoeken verricht die een onevenredige inbreuk betekenen op de persoonlijke levenssfeer. Daarnaast zijn verboden alle onderzoeken die voor de keurling een onevenredig zware belasting met zich meebrengen of waarvan het te verwachten belang niet opweegt tegen de risico's voor de keurling. In ieder geval mag niet de kans op een ernstige ziekte worden onderzocht waarvoor geen geneeswijze voorhanden is. Evenmin mag de kans op een ziekte worden onderzocht die niet door medisch ingrijpen kan worden voorkomen of in evenwicht kan worden gehouden.
- Alleen keuring op bijzondere eisen
Een aanstellingskeuring is alleen toegestaan als aan de vervulling van de functie *bijzondere* eisen van medische geschiktheid worden gesteld. Normale eisen als bijvoorbeeld een zekere mate van stressbestendigheid zoals die in veel functies wordt verlangd, mag geen onderwerp van onderzoek zijn. Wat ook meespeelt is de bescherming van de gezondheid en veiligheid van de keurling en van derden. Een voorbeeld is dat een vliegmaatschappij een sollicitant voor de functie van piloot op epilepsie mag keuren. Bij medische ongeschiktheid voor die functie levert de sollicitant namelijk niet alleen een gevaar op voor zichzelf maar ook voor derden.

- Alleen keuring van de geselecteerde kandidaat
Een medische keuring is alleen toegestaan als de werving- en selectiefase is afgerond en er één kandidaat over is. Daarmee wordt voorkomen dat sollicitanten op medische aspecten worden geselecteerd voor een volgende ronde.

Voor bedrijfsartsen is een leidraad opgesteld aan de hand waarvan zij aanstellingskeuringen moeten verrichten. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft hierover beleidsregels voor werkgevers uitgevaardigd.

1.4.3 *Andere inlichtingen*

Anders dan bij de (aanstellings)keuring mogen geen vragen worden gesteld of inlichtingen ingewonnen over de gezondheidstoestand van de keurling. Dé plaats en tijd daarvoor is de medische keuring en dus niet een sollicitatiegesprek. Een werknemer hoeft daarom buiten de keuring om bijvoorbeeld geen vragenlijst over medische zaken of ziekteverzuim in te vullen. Ook mag de toekomstige werkgever niet bellen met een vorige werkgever om daar informatie op te vragen over het ziekteverzuim in het verleden. In de Ziektewet is wél een bepaling opgenomen dat de werknemer desgevraagd na twee maanden dienstverband moet melden of de werkgever wellicht aanspraak heeft op overname van de loondoorbetaling bij ziekte door het UWV. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de werknemer een WIA-keuring heeft ondergaan. Dat geldt in de regel ook voor het geval dat de werknemer voor minder dan 35% arbeidsongeschikt is bevonden.

1.4.4 *Informatie en herkeuring*

Als de sollicitant een aanstellingskeuring moet ondergaan heeft hij vooraf recht op informatie. Tijdig wordt aan hem op begrijpelijke wijze schriftelijke informatie gegeven over het doel van de keuring, de vragen en de onderzoeken. Ook wordt hij gewezen op zijn rechten bij een keuring.

Een belangrijk recht is het recht op herkeuring. Als de keuring leidt tot:

- Een negatief gevolg; of
- Een positief gevolg met beperkingen,

dan kan de keurling binnen één week na bekendmaking van de uitslag melden dat hij een herkeuring wil. De toekomstige werkgever moet er dan voor zorgen dat de keurling door een onafhankelijke arts kan worden herkeurd. Hij moet de kosten van de herkeuring betalen maar de toekomstige werkgever mag daarvoor wel een redelijke bijdrage van de keurling vragen. De werkgever moet zijn definitieve beslissing over de aanstelling in elk geval uitstellen tot de uitkomst van de herkeuring bekend is.

1.5 **Ziekte en mededelingsplicht nieuwe werknemer**

De werkgever heeft er belang bij te weten of er voor zijn werknemer aanspraak bestaat op overname door het UWV van de loondoorbetaling bij ziekte. Dat kan zo zijn als de werknemer bijvoorbeeld een WIA-uitkering heeft. Een werknemer is verplicht om dat aan de werkgever mee te delen. Die mededeling hoeft overigens pas ná twee maanden dienstverband en alleen als de werkgever daar om vraagt.

Los daarvan moet de sollicitant spontaan melden als hij een kwaal onder de leden heeft, waarvan hij weet of redelijkerwijs moet weten dat hij daardoor geheel of gedeeltelijk ongeschikt is voor de functie. Het niet melden kan reden zijn voor een loonstop bij arbeidsongeschiktheid of zelfs ontslag op staande voet. De werkgever doet er daarom verstandig aan in de sollicitatieprocedure ook aandacht te besteden aan de lichamelijke en geestelijke belasting in een bepaalde functie.

