

Discriminatie – Sector dienstencheques – Praktijktests – Juridische analyse

1. Het juridische arsenaal ter bestrijding van discriminatie in het stelsel van de dienstencheques na de staatshervorming : grotendeels federaal gebleven, met een gewest dat slechts vermag op te treden na vaststellingen of procedures opgestart door federale diensten

Het stelsel van de dienstencheques wordt geregeld door de thans geregionaliseerde Wet van 20 juli 2001 tot bevordering van buurtdiensten en –banen en het Koninklijk Besluit van 12 december 2001 betreffende de dienstencheques. Deze reglementering bevat een aantal regels inzake discriminatie.

1.1. Wat zegt de wet?

Art. 2, § 2, tweede lid luidt als volgt: *“De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, bijkomende voorwaarden bepalen waaraan de onderneming moet voldoen om erkend te worden”*.

Art. 2, § 2, (nieuw) vierde en vijfde lid schrijft het volgende: *“Van de erkende onderneming die niet meer voldoet aan de erkenningsvoorwaarden van de vorige leden, kan de erkenning worden ingetrokken, onder de voorwaarden en volgens de modaliteiten vastgesteld door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad.*

De erkenning en de intrekking ervan gebeuren door de minister bevoegd voor de Werkgelegenheid, na advies van een adviescommissie erkenningen, waarin eveneens de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties vertegenwoordigd zijn. De Koning bepaalt de te volgen erkenningsprocedure, alsook de samenstelling en werkingsmodaliteiten”.

1.2. Hoe heeft het koninklijk besluit deze bepalingen uitgevoerd?

Art. 2^{quater}, § 4, 2° en 4° bepaalt:

“De bijkomende voorwaarden zoals bedoeld in artikel 2, § 2, tweede lid van de wet zijn de volgende:

1° [...]

2° (de onderneming verbindt zich ertoe geen werknemers en klanten direct of indirect te discrimineren zoals bedoeld in de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie;) <KB 2008-04-28/30, art. 2, 014; Inwerkingtreding : 01-05-2008>

3° [...]

4° de onderneming verbindt zich ertoe geen prestaties te laten verrichten in een omgeving met onaanvaardbare risico's of gevaren voor de werknemers of in een omgeving waar de werknemers het slachtoffer zouden kunnen zijn van misbruiken of discriminatoire praktijken”¹

¹Men denke hierbij bijvoorbeeld aan een situatie waarbij de poetshulp voortdurend racistische beledigingen moet slikken vanwege de klant bij wie ze of hij werkt.

De gewestelijk geworden reglementering vaardigt met andere woorden een uitdrukkelijk discriminatieverbod uit:

- a) van de dienstencheque-onderneming jegens haar werknemers;
- b) van de dienstencheque-onderneming jegens haar klanten.

Zij bevat daarentegen geen uitdrukkelijke bepalingen die toelaten om tegen een bedrijf op te treden wanneer de directe of indirecte discriminatie volledig begaan wordt door de klanten, zonder medeweten, medeplichtigheid, toe- of instemming van dat bedrijf (bijvoorbeeld de klant "weigert" niet uitdrukkelijk iemand met een andere huidskleur als huishoudhulp maar zorgt ervoor dat elk gepresteerd dienstencheque-uur een helse ervaring is voor de werkracht, en deze laatste kiest ervoor haar werkgever hiervan niet in te lichten, of doet dit wel, en de werkgever reageert gepast). In die precieze context kan geen enkele gewestelijke inspectie- of controledienst optreden.

Wanneer dit laatste wel met medeweten of het gedogen van de werkgever (*) zou gebeuren, wat zich bijvoorbeeld eventueel laat vaststellen door de zogenaamde "mystery calls" (die in bepaalde gevallen en onder zekere voorwaarden echter betwistbaar kunnen zijn, en in de aangelegenheid van discriminatiebestrijding voorlopig in België niet over een stevig algemeen juridisch kader beschikken, zie verder), zou aan het bedrijf kunnen verweten worden dat het zijn werknemers discrimineert in die zin dat dit er bijvoorbeeld zou kunnen op neerkomen dat bepaalde onder hen minder betaalde arbeidsuren kunnen presteren dan andere collega's, doordat hun klantenportefeuille selectiever en dus dunner is, en ze eventueel minder keuzevrijheid genieten dan hun collega's (poetsen in blanke wijken wordt bijvoorbeeld voorbehouden aan "blanke" poetsers; werknemers van vreemde herkomst mogen plots niet meer poetsen op verplaatsing, en worden overgeplaatst naar het strijkatelier).

() "Druk van klanten" kan geen discriminatie in arbeidsrelaties rechtvaardigen. Zie arrest van 10 juli 2008 van het Europees Hof van Justitie in de zaak C-54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding tegen Firma Feryn NV. De directeur van de kantelpoortenfirma Feryn verklaarde publiekelijk dat hij geen "allochtone" monteurs kon aanwerven, omdat zijn klanten zouden weigeren arbeiders van vreemde origine de toegang tot hun privéwoning te verschaffen. Op basis van die verklaringen heeft het centrum het Belgische arbeidsgerecht gevraagd formeel vast te stellen dat de firma Feryn discrimineerde in haar aanwervingsbeleid. Nadat de voorzitter van de arbeidsrechtbank van Brussel dat verzoek eerst verworpen had, heeft het centrum vervolgens een beroep ingediend bij het Arbeidshof van Brussel. Naar aanleiding daarvan heeft het arbeidshof besloten om een reeks prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie, over de begrippen discriminatie, vermoeden van discriminatie en sancties in de zin van de richtlijn 2000/43/EG.*

Bij deze gelegenheid heeft het Hof van Justitie het volgende benadrukt: "de omstandigheid dat een werkgever publiekelijk verklaart dat hij geen werknemers van een bepaalde etnische afstamming of van een bepaald ras zal aanwerven, hetgeen uiteraard voor bepaalde kandidaten een ernstige reden kan zijn om niet te solliciteren en dus een beletsel vormt voor hun toegang tot de arbeidsmarkt, vormt directe discriminatie bij aanwerving".

De enige sanctie die op gewestelijke niveau kan worden getroffen, is de intrekking van de erkenning als dienstenchequebedrijf (en dus de stopzetting van haar subsidiëring). Gelet op de formulering van

het dienstencheque-KB vergt dit een door de bevoegde, dat wil zeggen *federale* overheid vastgestelde en aangetoonde inbreuk op “*de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*”.

1.3. De vaststelling van een inbreuk op de wet van 10 mei 2007 en de toepassing van de eruit voortvloeiende straf- en burgerrechtelijke sancties, of de administratieve geldboeten ingevolge verzuim van naleving van de nationale CAO: een exclusief federale aangelegenheid

De straf- en burgerrechtelijke sancties van de discriminatie, door het dienstenchequebedrijf, van zijn werknemers, wordt ook na de regionalisering van het stelsel nog steeds geregeld door de federale wetgeving, vooral:

1° de wetten van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, en tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden;

2° en de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 95 van de Nationale Arbeidsraad van 10 oktober 2008 betreffende de gelijke behandeling gedurende alle fasen van de arbeidsrelatie (geratificeerd door het KB van 11 januari 2009, gepubliceerd in het BS van 4 februari 2009). Door deze ratificatie stelt de werkgever die de bepalingen van de nationale CAO niet naleeft zich bloot aan de betaling van administratieve geldboeten (art. 189 van het Sociaal Strafwetboek).

In de memorie van toelichting bij de bijzondere staatsvormingswet van 6 januari 2014 lezen we in de commentaren over de overdracht van het dienstenchequestelsel dat “*De federale overheid blijft echter bevoegd voor de aspecten die verband houden met het arbeidsrecht (op grond van artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12°), zoals die inzake de arbeidsvoorwaarden in de sector, de regeling met betrekking tot het welzijn van de werknemers op het werk, de voorzieningen voor sociaal overleg, het loonbeleid en de arbeidsovereenkomst dienstencheques (hoofdstuk II, afdeling 2, van de wet van 20 juli 2001) die de werknemer verbindt met het dienstenchequebedrijf, met inbegrip van de sanctionering van de inbreuken op het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht*”.

Welnu, de voormelde nationale CAO en de wetten van 10 mei 2007 maken inherent deel uit van het arbeidsrecht.

De CAO verplicht elke privéwerkgever tot een eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling gedurende de hele arbeidsrelatie, d.i. de relatie die de werkgelegenheid, de voorwaarden voor toegang tot arbeid, de arbeidsvoorwaarden en de ontslagregelingen omvat.

De wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie is onder meer van toepassing op de arbeidsbetrekkingen², zowel in de privé als in de openbare sector.

²Dezelfde wetgeving regelt ook het discriminatieverbod *van* klanten (“de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn”), maar bewaart op het eerste gezicht het stilzwijgen over de discriminatie *door* klanten. Voor zover BEW kon nagaan – maar deze materie behoort niet tot haar wezenlijke expertise – wordt deze situatie door geen enkele wettekst geregeld. Een verklaring daarvoor zou hierin kunnen schuilen dat het onderscheid tussen een ongeoorloofde discriminatie en het uitdrukken van een voorkeur in bepaalde contexten die niet altijd even klaar en eenduidig zijn, soms moeilijk te maken is (een Franstalig gezin verkiest omwille van eerdere communicatieproblemen een hulp die het Frans machtig is, en drukt zich ongelukkig uit en zegt “geen Poolse arbeidsters” meer te willen; een oudere heer van Marokkaanse

Volgens artikel 5, § 2 van deze wet, geldt ze, wat de arbeidsbetrekking betreft, onder meer, doch niet uitsluitend, voor:

1° de voorwaarden voor toegang tot arbeid, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

- de werkaanbiedingen of de advertenties voor betrekkingen en promotiekansen, en dit ongeacht de wijze waarop deze worden bekendgemaakt of verspreid;
- de bepaling en de toepassing van de selectiecriteria en de selectiekanalen die worden gehanteerd in het wervingsproces;
- de bepaling en de toepassing van de aanstellingscriteria die worden gehanteerd bij de aanwerving of de benoeming;
- de bepaling en de toepassing van de criteria die worden gehanteerd bij promotie.

2° de bepalingen en de praktijken met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden en beloning, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

- de regelingen vervat in arbeidsovereenkomsten, de overeenkomsten van zelfstandigen, de bestuursrechtelijke statutaire regelingen, de stage- en leerovereenkomsten, de collectieve arbeidsovereenkomsten, de collectieve regelingen voor zelfstandigen, de arbeidsreglementen alsook de eenzijdige werkgeversbeslissingen;
- de toekenning en de bepaling van het loon of de bezoldiging;
- de arbeidsduur en de arbeidsduurregeling;
- de regelingen inzake feestdagen en zondagsrust;
- de regelingen inzake nachtarbeid;
- de regelingen inzake arbeid van jeugdige werknemers;
- de regelingen met betrekking tot de ondernemingsraden, de comités voor preventie en bescherming op het werk, de vakbondsafvaardigingen;
- de bevordering van de arbeids- en de loonsverbetering van de werknemers;
- de beroepen- en functieclassificatie;
- enz.;

3° de bepalingen en de praktijken inzake de beëindiging van de arbeidsbetrekking, waaronder onder meer, doch niet uitsluitend, wordt begrepen:

herkomst wil in het St. Jansziekenhuis in Brussel “niet behandeld worden door Vlaamse verpleegkundigen” terwijl hij eigenlijk bedoelt dat hij makkelijker zijn problemen kan bespreken met personeel dat zijn taal – het Frans – machtig is, enz.).

- de ontslagbeslissing;
- de bepaling en de toepassing van de voorwaarden en de modaliteiten van het ontslag;
- de bepaling en de toepassing van de criteria bij de ontslagsselectie.

1.4. Beschikt het gewest dan niet over zijn eigen discriminatiewetgeving op het vlak van werkgelegenheid? En, indien niet, kan het dan niet zo'n wetgeving maken dat in strafrechtelijke en burgerrechtelijke sancties zou voorzien?

Binnen het strikte institutionele kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en het gewest kan de ordonnantie van 4 september 2008 betreffende de strijd tegen discriminatie en de gelijke behandeling op het vlak van de tewerkstelling **nooit** aangewend worden voor een bestrijding van eventuele discriminaties van het dienstenchequebedrijf jegens zijn personeel.

Immers, deze ordonnantie van 4 september 2008 is van toepassing op de zogenaamde intermediaire organisaties (uitzendkantoren en andere particuliere arbeidsbemiddelingsbureaus) wat hun activiteiten van arbeidsbemiddeling betreft, en op de zogenaamde operatoren van socioprofessionele inschakeling (plaatselijke initiatieven voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid en inschakelingsondernemingen) wat hun activiteiten van socioprofessionele inschakeling betreft.

In het kader van deze ordonnantie kunnen de intermediaire organisaties, noch de operatoren van socioprofessionele inschakeling beschouwd worden als werkgevers ten opzichte van de werkzoekenden, die op hun beurt niet kunnen beschouwd worden als werknemers.

De ordonnantie beoogt namelijk de periode voorafgaand aan de aanwerving van de werkzoekenden (werving en selectie voor de intermediaire organisaties). Bovendien gaat het om werving en selectie via derden, en niet door de werkgever zelf (dit laatste hoort thuis bij het federale arbeidsrecht). En ook ten aanzien van de operatoren van socioprofessionele inschakeling en zelfs de uitzendkantoren beoogt de ordonnantie pre-contractuele praktijken en algemene handelwijzen die zich situeren vóór de indienstneming en zelfs vóór de aanwervingsprocedures, en tot gevolg hebben dat bepaalde categorieën werkzoekenden systematisch en algemeen de toegang worden ontzegd tot het aanbod van arbeidsbemiddeling of niet worden opgenomen in programma's ter voorbereiding op een (her)integratie op de arbeidsmarkt (de contractfase en zelfs de aanwervingsfase is in werkelijkheid inderdaad onderdeel van het federale arbeidsrecht, zie de wet van 2007 en de CAO van 2008).

Het is dus niet zonder reden dat de ordonnantie de begrippen "werkgever en "werknemer" vermijdt, die immers een duidelijk arbeidsrechtelijke betekenis hebben, onbetwistbaar onder het arbeidsrecht vallen en aldus enkel door wetgeving kunnen worden gevat, genomen krachtens artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12° van de wet van 8 augustus 1980, artikel dat het contractuele arbeidsrecht exclusief voorbehoudt aan de federale overheid (ook na de zesde staatshervorming).

In het over het ontwerp van ordonnantie uitgebrachte wetsadvies heeft de Raad van State destijds uitdrukkelijk besloten dat elke gewestelijke regeling voor de privésector die de grenzen van artikel 6, § 1, IX, 1° en 2° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (arbeidsbemiddeling en programma's voor werkzoekenden), te buiten gaat, zoals bijvoorbeeld "de aanwerving en tewerkstelling in algemene zin" ("l'embauche et l'emploi au sens général"), onwettig zou zijn (advies nr. 41.541/1 van 16 november 2006).

Elk – hypothetisch – gewestelijk wetgevend initiatief (ordonnantie) dat op het vlak van de tewerkstelling in de privésector de grenzen van artikel 6, § 1, IX, 1° en 2° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 overschrijdt, betreedt het gebied van het federale arbeidsrecht en leidt onvermijdelijk tot een niet-grondwettelijkverklaring en vervolgens een vernietiging door het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 75/2012 van 14 juni 2012).

De rechtsleer van de Raad van State ter zake is identiek aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (zie bijvoorbeeld advies nr. 48.922/1 van 19 november 2010).

Concreet gaat het om een advies van de Raad over amendementen bij een gewestelijk decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, maar waarvan de strekking ruimer kan worden ingepast in de globale bevoegdheidsafbakening tussen de federale (arbeidsrecht) en de gewestelijke (arbeidsbemiddeling) overheid.

Volgens het advies [is] *“ook al zijn de gewesten bevoegd voor de erkenning van uitzendbureaus op grond van hun bevoegdheid inzake arbeidsbemiddeling, en kunnen ze met het oog hierop de reikwijdte van de activiteiten van de uitzendbureaus regelen, [...] enkel de federale overheid bevoegd om de arbeidsrechtelijke en civielrechtelijke aspecten van de uitzendarbeid te regelen. Met verwijzing naar arrest nr. 65/98 van het Grondwettelijk Hof, stelde de Raad van State, afdeling Wetgeving, in advies 32.867/VR dat “de regels betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers ten behoeve van gebruikers, (moeten) worden beschouwd als deel uitmakende van een regeling inzake de bescherming van contractuele werknemers” en dat “zulke regeling (...) deel uit(maakt) van de aangelegenheid van het arbeidsrecht die, behoudens de terzake tot stand gebrachte bevoegdheidstoe wijzingen aan de gemeenschappen en de gewesten, een aangelegenheid is die tot de federale bevoegdheid is blijven behoren”.*

De bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming bevestigt voor het arbeidsrecht deze bevoegdheidsverdeling, doordat ze artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 12° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, staatkundig de belangrijkste normatieve bepaling na de Grondwet, niet wijzigt.

Deze bepaling luidt nog steeds als volgt:

“In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen.

De nationale overheid is met dit doel bevoegd om algemene regels vast te stellen inzake:

[...]

12° het arbeidsrecht en de sociale zekerheid”.

Zie ook p. 11 van de memorie van toelichting bij de wet van 6 januari 2014 : *“De regels die tot het arbeidsrecht en de sociale zekerheid behoren blijven federaal, evenals de voorzieningen voor sociaal*

overleg en het loonbeleid” (Belgische Senaat, zitting 2012-2013, 25 juli 2013, voorstel van bijzondere wet met betrekking tot de Zesde Staatshervorming).

2. Wat vermag het gewest te doen binnen zijn nieuwe bevoegdheden? En wanneer?

Discriminaties die de dienstenchequeonderneming op de werkvloer ten aanzien van de werknemers zou begaan, vormen bijgevolg een inbreuk op de voormelde federale wet van 10 mei 2007 en de CAO nr. 95, niet op de gewestelijke ordonnantie van 4 september 2008, en kunnen alleen vastgesteld worden door de bevoegde inspectiediensten *op het gebied van de arbeidsbetrekkingen*, namelijk de Algemene Directie Toezicht op de Sociale Wetten van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg (KB van 24 oktober 2008 tot aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en van haar uitvoeringsbesluiten), en niet door de gewestelijke werkgelegenheidsinspectie van de GOB.

Op basis van een verslag van deze federale inspectiediensten aan de gewestelijke diensten waaruit duidelijk blijkt dat een PV wegens inbreuk op de federale wetgeving is opgesteld, zou vervolgens kunnen worden nagegaan welke stappen het gewest kan ondernemen binnen zijn eigen bevoegdheden.

2.1. Intrekking van de erkenning door het gewest

Zoals hierboven gezien, kan het gewest geen wetgeving aannemen die het mogelijk zou maken voor de burgerrechter of de strafrechter om sancties te treffen of straffen uit te spreken, of de gewestelijke administratie in de mogelijkheid zou stellen om administratieve geldboeten op te leggen wegens discriminatie in arbeidsbetrekkingen, begaan door de werkgevers.

Op basis van de geregionaliseerde dienstenchequewetgeving uit 2001 kan de Minister van Werkgelegenheid wel besluiten om over te gaan tot de intrekking van de erkenning van het dienstenchequebedrijf, wat automatisch een verbod van toegang tot deze via een consumentensubsidie georganiseerde markt betreft.

Na advies van de adviescommissie erkenningen kan de Minister overgaan tot de intrekking (al dan niet met uitstel) van de erkenning van een onderneming die niet langer voldoet aan de erkenningsvoorwaarden, waaronder het discriminatieverbod valt.

De Minister kan de inwerkingtreding van de intrekking van de erkenning uitstellen met een periode van maximum zes maanden.

Hij kan de intrekking met uitstel overigens weer opheffen na dringend advies van de commissie, wanneer de onderneming het bewijs levert van de naleving van alle voorwaarden.

In bepaalde gevallen kan hij zelfs overgaan tot onmiddellijke intrekking van de erkenning (na advies van de commissie):

- in geval van herhaling;
- wanneer de tekortkoming van de onderneming een zodanige vorm heeft aangenomen dat ernstig mag worden getwijfeld aan de goede trouw van de onderneming.

Noot: indien het dienstenchequebedrijf waarvan de erkenning wordt ingetrokken, in Brussel ook erkend is als plaatselijk initiatief voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid of als inschakelingsonderneming, gaat deze Brusselse erkenning automatisch (“ambtshalve en onherroepelijk”) verloren ingevolge het verlies van erkenning als DC-bedrijf, zonder dat de Minister hiertoe nog enig initiatief moet nemen. Er is overigens ook sprake van een automatische intrekking van de erkenning als PIOW of als IO wanneer onder de bestuurders, zaakvoerders, lasthebbers, en meer algemeen, alle personen die ertoe gemachtigd zijn om de erkende inschakelingsonderneming of het erkende plaatselijk initiatief voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid te verbinden, personen in functie blijven die het voorwerp zijn van een of meer definitief geworden administratieve beslissingen of gerechtelijke veroordelingen op het vlak van het niet naleven van het arbeidsrecht, enz.

Ten minste, dat wordt geregeld door artikel 20, § 4 van de ordonnantie van 26 april 2012 betreffende de sociale economie en de erkenning van inschakelingsondernemingen en plaatselijke initiatieven voor de ontwikkeling van de werkgelegenheid met het oog op de toekenning van toelagen, die nog niet in werking is getreden bij gebrek aan uitvoeringsbesluit. In afwachting blijft de ordonnantie van 18 maart 2004, die op dit vlak – zoals trouwens op vele vlakken – niets bepaalt.

2.2. Wanneer kan de erkenning worden ingetrokken?

Het KB dienstencheques vereist dat vastgesteld werd dat de onderneming “*discrimineert zoals bedoeld in de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*”.

Om volledige zekerheid te hebben van een dergelijke vaststelling en met toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel, is dus:

- ofwel een definitief geworden bestuurlijke beslissing ter oplegging van een administratieve geldboete door de federale overheid wegens inbreuk op de CAO nr. 95 (definitief geworden door het verstrijken van de beroepstermijn of nadat de overheid in beroep door de rechtsinstanties gelijk heeft gekregen);
- of een definitief geworden, niet meer voor beroep vatbare beslissing van de burgerrechter (**) (bevel tot staking, schadevergoeding, enz.) op grond van de wet van 10 mei 2007,

meer dan aangewezen.

Een inspectieverslag van de Algemene Directie Toezicht op de Sociale Wetten van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg dat het opstellen van een PV tot vaststelling van een inbreuk vermeldt, kan dienstig zijn, maar volstaat op zich niet aangezien een handelen uitsluitend op deze grond niet zonder risico's is: wat als de erkenning van het bedrijf op die basis wordt ingetrokken, en het dus van de dienstenchequemarkt wordt uitgesloten, en vervolgens blijkt dat het arbeidsauditoraat geen gevolg geeft aan het PV, er geen administratieve boete wordt opgelegd, of dat er wel één wordt opgelegd, maar deze beslissing in beroep wordt vernietigd; de veroordelende burgerrechter in beroep in het ongelijk wordt gesteld?

*(**) Penaliserings in het kader van de federale discriminatiewetgeving is eerder zeldzaam. De federale wetgever geeft de voorkeur aan het burgerrechtelijk luik van de sanctionering, namelijk:*

- *de nietigverklaring van bepalingen of clauses, waarin wordt afgezien van de beschermingsmechanismes tegen discriminatie;*
- *een bescherming tegen represailles in arbeidsverhoudingen;*
- *een forfaitaire schadevergoeding, opgelegd door de rechter;*
- *een vordering tot staking, op te leggen door de rechter.*

Enkel de volgende handelingen worden ook strafrechtelijk vervolgd:

- *het aanzetten tot discriminatie, het discrimineren door openbare ambtenaren;*
- *het verspreiden van denkbepelden gegrond op rassuperioriteit en rassenhaat en van de deelname aan een organisatie die aanzet tot discriminatie.*

Of de uitkomst van de zogenaamde “mystery calls” of “mystery shopping” (praktijktests) in de huidige omstandigheden over een voldoende stevige rechtsbasis beschikt om tot een intrekking van de erkenning over te gaan, is hoogst twijfelachtig.

2.3. De praktijktesten: door het terrein zeer aanprezen, maar door de Raad van State met argwaan bekeken

Het idee van de praktijktest waaronder bijvoorbeeld de zogenaamde “mystery calls” of “mystery shopping” vallen ziet er als volgt uit: testpersonen die géén bepaalde kenmerken vertonen waarover het vermoeden bestaat dat ze aanleiding geven tot discriminatie op de arbeids- of huisvestingsmarkt, in het uitgangseven, enz., gaan na of ze precies daardoor anders (positiever) behandeld en onthaald worden dan de personen die wel deze kenmerken vertonen. Indien de resultaten dit bevestigen, zou dit materiaal vervolgens voor de rechter kunnen gebracht worden (een vermoeden van bewijs van verboden discriminatie).

2.3.1. Kwaliteitsvereisten

In de gespecialiseerde literatuur³ is men het erover eens dat een dergelijke test wetenschappelijk moet onderbouwd zijn, om latere verwijten van gebrek aan objectiviteit te kunnen ontzenuwen. Sommigen spreken hierbij van acht stappen.

- a) Als vermeend slachtoffer een deskundige organisatie inschakelen.
- b) De deskundigen hebben een interview met de betrokkene en onderzoeken de klacht in het licht van de toepasselijke discriminatiewetgeving (filter).
- c) Indien de klacht steek lijkt te houden, wordt een driekoppig testteam samengesteld : een eerste testpersoon met hetzelfde kenmerk dat mogelijk aanleiding geeft tot discriminatie, een tweede testpersoon met hetzelfde profiel maar zonder dergelijk kenmerk, en een toezichthouder die de test professioneel stuurt en controleert. Er bestaat geen enkele band tussen de testers en de vermeende slachtoffers of daders. De testers zijn niet emotioneel betrokken en rapporteren logisch, leesbaar, helder, objectief en neutraal over de test. De beginnende testers krijgen een theoretische opleiding over de discriminatiewetgeving en de

³Kif kif en Liga voor Mensenrechten (ongedateerd). Handleiding Praktijktest Discriminatie.

achtergrond en het doel van de praktijktests. Vervolgens volgt een praktijkopleiding (rollenspel, observaties, onder de hoede van de lesgever).

- d) Voorbereiding van de test. De twee testers van in principe hetzelfde geslacht, dezelfde gestalte, hetzelfde opleidingsniveau, enz. oefenen de situatie in met de toezichthouder en trachten getrouwe kopieën van elkaar te worden in stijl, gedragingen en woordkeuze.
- e) Uitvoering van de test. Beide testpersonen bieden zich achtereenvolgens voor dezelfde job- of woonstaanbod en dergelijke aan. Ze stellen zich neutraal op, blijven beleefd, en eerbiedigen het privéleven van de geteste persoon. Spionage is uit den boze. Ze maken aldus nooit opnames en bezondigen zich niet aan provocatie. Met dit laatste wordt bedoeld dat ze slechts vaststellen wat reeds in het echt bestaat, en niet het nog niet bestaande uitlokken.
- f) Er worden geen overhaaste conclusies getrokken uit een eenmalige of kleinschalige steekproef. Testen moeten worden herhaald jegens dezelfde vermeende dader, door verschillende testploegen.
- g) Na de test vertrouwen de testpersonen hun bevindingen toe aan een door de deskundigen opgemaakt standaardformulier. De toezichthouder neemt van het paar testers een interview af: hebben zij de juiste vragen gesteld, een onberispelijke houding aangenomen, en de privacy van de vermeende dader niet in het gedrang gebracht? Hij maakt een eindverslag met conclusies op.
- h) Bij een vastgestelde ongelijke behandeling overeenkomstig de hierboven beschreven voorwaarden en procedures, worden de resultaten bij een eventueel gerechtelijk geding overgemaakt aan de rechter. Hij beslist vrij of en in welke mate hij voor zijn oordeel rekening houdt met dit materiaal. Gaat hij ervan uit dat de test een vermoeden van discriminatie doet ontstaan, dan moet de vermeende dader aantonen dat hij zich niet bezondigd heeft aan discriminatie (omkering van de bewijslast, van toepassing in alle Belgische anti-discriminatiewetgeving).

2.3.2. Juridische vereisten

De juridische vereisten voor de toepassing van de praktijktesten kunnen het best geduid worden aan de hand van een historisch overzicht van de anti-discriminatiewetgeving van dit land.

Een rechtssokkel voor deze testen werd voor het eerst opgericht door de – inmiddels opgeheven – wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

In artikel 19 van deze wet, in het hoofdstuk over de burgerrechtelijke sancties, kon men het volgende lezen:

“ § 3. Wanneer het slachtoffer van de discriminatie of een van de in artikel 31 bedoelde groeperingen voor het bevoegde gerecht feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.

§ 4. Het bewijs van discriminatie op grond van het geslacht, een zogenaamd ras, de huidskleur, de afkomst, de nationale of etnische afstamming, de seksuele geaardheid, de burgerlijke stand, de

geboorte, het fortuin, de leeftijd, het geloof of de levensbeschouwing, de huidige of toekomstige gezondheidstoestand, een handicap of een fysieke eigenschap kan worden geleverd met behulp van een praktijktest die kan worden uitgevoerd door een gerechtsdeurwaarder.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de nadere regels voor de uitvoering van de praktijktest zoals voorzien in §§ 3 en 4.”.

De memorie bij de wet gaf toen de volgende toelichting:

”Het gaat erom te verduidelijken dat het beroep doen op een gerechtsdeurwaarder voor het opstellen van een praktijktest slechts een facultatieve werkwijze is. De zinsnede «kan worden geleverd bij vaststelling door een gerechtsdeurwaarder met behulp van een praktijktest» zou kunnen begrepen worden alsof de praktijktest slechts bij middel van een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder kan opgesteld en voorgelegd worden. Dit was niet de draagwijdte van dit zinsdeel. Bepalen dat praktijktests moeten worden opgesteld met behulp van een vaststelling door een gerechtsdeurwaarder zou er niet alleen op neer komen dat het fundamenteel beginsel van de vrije bewijsvoering in het burgerlijk recht en in het strafrecht opnieuw in vraag wordt gesteld, maar het zou bovendien als absurd gevolg hebben dat het onmogelijk wordt beroep te doen op een praktijktest in een geval waaraan de wetgever heeft gedacht wanneer hij het mechanisme bekrachtigde, namelijk de aanwervingsgesprekken. Het is inderdaad ondenkbaar dat een kandidaat voor een aanwerving zich op het aanwervingsgesprek zou aanbieden in het gezelschap van een gerechtsdeurwaarder. Dit amendement beoogt een correctere formulering van het principe dat men wil vastleggen”.

Dit systeem kon duidelijk in de praktijk niet worden ingevoerd zolang de nodige uitvoeringsmaatregelen niet werden genomen. Welnu, deze uitvoeringsmaatregelen zijn nooit getroffen.

Allicht was het advies van de Raad van State bij het ontwerp van wet daar niet vreemd aan. Over die bepalingen schreef de Raad destijds namelijk het volgende in zijn advies nr. 32.967/2 van 4 februari 2002:

“In het wetsontwerp is in dit verband sprake van «statistische gegevens of praktijktests» en wordt de Koning gemachtigd om bij een besluit vastgesteld, na overleg in de Ministerraad, de nadere regels voor de uitvoering van de praktijktest te bepalen.

De bewijslevering en de bewijsvoering moeten volgens correcte en loyale procedures verlopen en met eerbiediging van de woning (artikel 15 van de Grondwet), het privéleven en het gezinsleven (artikel 22 van de Grondwet), het briefgeheim (artikel 29 van de Grondwet) en het beroepsgeheim (artikel 458 van het Strafwetboek).

Een dermate moeilijke kwestie, waarbij grondwettelijke beginselen op de helling kunnen komen te staan, mag niet overgelaten worden aan de Koning maar moet, althans wat de essentiële principes ervan betreft, geregeld worden door de wetgever zelf die moet zoeken naar een billijk evenwicht tussen de bevordering van de gelijkheid en de niet-discriminatie (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en de eerbiediging van de overige fundamentele rechten en vrijheden, en aldus ervoor moet zorgen dat tegen de «praktijktests» niet kan worden ingebracht dat ze gepaard gaan met uitlokking of deloyale handelingen”.

Zonder voldoende rechtsbasis hebben de praktijktests uit die wetgeving aldus nooit ingang kunnen vinden, maar onrechtstreeks vormden ze toch wel de aanleiding tot één veroordeling, in 2007, en wel van de Belgische Staat, tot een symbolische schadevergoeding, omdat “door vier jaar lang na te laten de uitvoeringsmaatregelen te treffen die een rechtzoekende een dergelijk rechtsmiddel zouden verschaffen, is de Belgische Staat op een foutieve wijze nalatig geweest”.

Deze veroordeling lag onrechtstreeks mogelijk mee aan de basis van de schrapping uit de nieuwe wet (in wording) van 2007 van dezelfde passage waarin de praktijktests nog letterlijk met name werden vermeld. Een eerste versie van deze nieuwe wetgeving, in het Parlement neergelegd in 2006, had de passage inderdaad woord voor woord overgenomen uit de wet van 2003, en met dezelfde, via een KB te nemen uitvoeringsmaatregelen.

Vervolgens heeft de wetgever het ontwerp aangepast, zodat in de definitieve versie niet langer uitdrukkelijk sprake is van praktijktesten. Artikel 28 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie luidt als volgt:

“§ 1. Wanneer een persoon die zich slachtoffer acht van een discriminatie, het Centrum of een van de belangenverenigingen voor het bevoegde rechtscollege feiten aanvoert die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden, dient de verweerder te bewijzen dat er geen discriminatie is geweest.

§ 2. Onder feiten die het bestaan van een directe discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder meer, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° de gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium; onder meer verschillende, los van elkaar staande bij het Centrum of een van de belangenverenigingen gedane meldingen; of
2° de gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.

§ 3. Onder feiten die het bestaan van een indirecte discriminatie op grond van een beschermd criterium kunnen doen vermoeden, wordt onder andere, doch niet uitsluitend, begrepen:

1° algemene statistieken over de situatie van de groep waartoe het slachtoffer van de discriminatie behoort of feiten van algemene bekendheid; of
2° het gebruik van een intrinsiek verdacht criterium van onderscheid; of
3° elementair statistisch materiaal waaruit een ongunstige behandeling blijkt”.

Uit het verslag van de discussies in het federale parlement (vergaderingen 7, 13 en 26 februari en 6, 7 en 13 maart 2007) puren we de belangrijkste vaststellingen:

“De minister heeft verklaard dat deze methode alleen aangewend wordt na een klacht”.

Wanneer een spreekster (verkozene) nadien het volgende verklaart, wordt dit niet ontkend door de Minister:

“De spreekster is het niet eens met de heer Borginon die het systeem van de praktijktest afdoet als een vorm van bewijsvoering die de rechter geen beslissingsruimte laat. Ook bij een bewijs verkregen door middel van een praktijktest behoudt de rechter zijn appreciatiemogelijkheid.
Het feit dat er geen koninklijk besluit is bemoeilijkt de werking van het systeem en veroorzaakt terughoudendheid vanwege de rechters.

Het amendement behoudt het systeem van praktijktests, al wordt het zo niet genoemd. In de grond komt patrooncontrole of verwijzing naar een referentiepersoon daar wel op neer. Uiteraard moet er eerst een slachtoffer van discriminatie zijn, het gaat nooit om een proactieve controle”.

Een extern deskundige, uitgenodigd voor de debatten, legt tot slot het volgende uit:

“Nochtans was en is de rol van die praktijktesten in het kader van de wet van 25 februari 2003 redelijk beperkt.

De wet van 25 februari 2003 heeft nooit een mogelijkheid of een basis gegeven om de praktijktesten te gebruiken als een soort van methode om discriminaties proactief te gaan opsporen. De praktijktest kadert volledig binnen de bewijslastregeling, en zou dus maar kunnen worden aangewend, naar aanleiding van een concreet (vermoed) geval van discriminatie.

Een praktijktest op grond van het koninklijk besluit dat er nooit gekomen is – zou ook nooit een onweerlegbaar bewijs van discriminatie opgeleverd hebben. Als de verweerder kan aangeven op grond van welke legitieme criteria een ongunstige behandeling getroffen was, dan zou dat ongetwijfeld door rechters aanvaard worden als weerlegging van en krachtens de praktijktest gewekt vermoeden van discriminatie.

De praktijktest werd expliciet in de wet van 2003 ingeschreven om de rechtspractici de zekerheid te bieden dat deze als bewijsmiddel aanvaard zouden worden. Nu is er in de literatuur opgemerkt dat dit niet echt nodig was, omdat de praktijktest ook vóór de wet van 2003 reeds door Belgische rechtspraak werd aanvaard.”

In 2007, in zijn adviezen 42.399/AV - 42.400/AV - 42.401/AV, heeft de Raad van State vooreerst zijn eerder advies (bezwaren) naar aanleiding van de wet van 2003 uitdrukkelijk herhaald.

Hij heeft er vervolgens aan herinnerd dat het Grondwettelijk Hof de praktijktests als bestrijdingsmiddel voor discriminatie in principe heeft aanvaard, en citeert hiervoor het hof (arrest nr. 157/2004 van 6 oktober 2004):

“De door de wetgever ingevoerde maatregel berust op een objectief criterium, namelijk de aard van de vorderingen waarbij de omkering van de bewijslast wordt ingevoerd. De maatregel is zeker pertinent om de door hem beoogde doelstelling van efficiënte bescherming tegen discriminatie te waarborgen, en is, gelet op de voorwaarden waaronder hij geldt, daarmee niet onevenredig. [...]”

Maar daar vervolgens meteen wel de volgende nuance op aangebracht:

“Bij dat arrest van het Arbitragehof wordt de mogelijkheid om de regeling op te zetten waarin artikel 19 van de voormelde wet van 25 februari 2003 voorziet, gelet op de gestelde voorwaarden, weliswaar op algemene wijze geldig verklaard, maar daarbij is geen uitspraak gedaan over de aanvaardbaarheid van de bevoegdheid die aan de Koning wordt opgedragen om de nadere regels te bepalen voor de praktijktest waarin diezelfde bepaling voorziet”.

[...]

“Het wettelijkheidsvereiste waaraan aldus herinnerd is en dat niet alleen impliceert dat de mogelijkheid om aan de Koning ter zake bevoegdheden op te dragen beperkt is maar eveneens dat de wettekst duidelijk en nauwkeurig moet worden gesteld, geldt voor alle procedés die het mogelijk maken de bewijslast om te keren.

In de hiervoor, onder punt 4, in herinnering gebrachte bepalingen van de pertinente richtlijnen inzake verdeling van de bewijslast betreffende discriminerende handelingen wordt aan de lidstaten de zorg opgedragen om daartoe een regeling op te zetten; uiteraard dienen ze zich bij die gelegenheid te houden aan de grondbeginselen van hun rechtsorde wat die kwesties betreft, met inbegrip van het wettelijkheidsbeginsel.

De redactie van de voorliggende amendementen lijkt op dat punt niet afdoende te zijn.

Zo worden de gegevens die in de paragrafen 2 en 3 van de bepalingen die voorgesteld worden om te bepalen welke feiten het bestaan van een discriminatie kunnen doen vermoeden alleen bij wijze van voorbeeld opgesomd.

Daarenboven dienen begrippen zoals «een bepaald patroon van ongunstige behandeling», «verschillende, los van elkaar staande ... meldingen», «referentiepersoon», «algemene statistieken», «feiten van algemene bekendheid» en «elementair statistisch materiaal» in de tekst zelf verduidelijkt te worden.

Ten slotte voorzien de bepalingen die bij de amendementen worden voorgesteld weliswaar niet meer in het aanwenden van praktijktests, zodat er op het eerste gezicht mee kan worden volstaan te constateren dat de opdracht van bevoegdheid aan de Koning in verband met de nadere regels die daarop betrekking hebben, weggelaten wordt, toch kan evenwel, onder voorbehoud van hetgeen hiervoor opgemerkt is, niet uitgesloten worden dat dit procedé wordt aangewend in bepaalde algemene formules van de paragrafen 2 en 3.

Zulks blijkt niet aanvaard te kunnen worden, gelet op het wettelijkheidsbeginsel waaraan hiervoor is herinnerd: voor de beoordeling van de geldigheid van de gebruikte procedés zou er immers geen wettelijk kader meer bestaan, aangezien de wetgever zelf daarvoor een kader moet scheppen. Zulks geldt des te meer daar de gebezipte begrippen nog veel minder duidelijk zijn dan het begrip praktijktest”.

[...]

“Uit hetgeen voorafgaat, blijkt dat de wetgever een preciezer kader zou moeten scheppen voor de mechanismen tot invoering van de omkering van de bewijslast, zoals ze in de amendementen worden voorgesteld”.

Het Parlement is niet ingegaan op de bezwaren van de Raad, en heeft de tekst op die punten ongewijzigd gestemd, na de volgende repliek van de Minister belast met Gelijke Kansen, waarin hij benadrukt dat het Grondwettelijk Hof (het principe van) de tests niet verwerpt:

“[...]Dit geldt des te meer in een rechtssysteem –zoals het Belgische rechtssysteem – dat, wat «juridische feiten» zoals discriminatie betreft, een «vrij» bewijssysteem handhaaft: het bewijs kan via elke gerechtelijke weg worden aangebracht en de rechter moet dan later geval per geval oordelen over de regelmatigheid van de aangebrachte bewijzen en de bewijskracht ervan. Het amendement wenst het probleem van het bewijs van de discriminatie over te laten aan dit oordeel van de rechter. Op dit punt is helemaal niets in strijd met de Belgische rechtstraditie” [...].

2.3.3. Juridische bezwaren voor praktijktests door de arbeidsinspectiediensten

In zijn persbericht van 23 februari jl. pleit het Interfederaal Gelijkekansencentrum ervoor dat “de regionale overheden bijvoorbeeld reglementering kunnen uitwerken waardoor inspectiediensten in sommige gevallen zelf aan ‘mystery shopping’ kunnen doen”. Een zelfde voorstel leest men ook in de aanbevelingen van het Minderhedenforum, opgesteld in het kielzog van zijn praktijktest.

Zoals hierboven gezien, kan de Brusselse werkgelegenheidsinspectie niet zomaar optreden, zeker niet in de eerste plaats, en zou het eigenlijk aan de inspectie van de sociale wetten toekomen om op te treden in geval van discriminatie in de arbeidsbetrekkingen, zoals in ons geval (eigen dienstenchequewerknemers benadelen door toe te geven aan discriminerende eisen van klanten). Pas in een tweede instantie zouden vervolgens de gewestelijke inspectiediensten kunnen optreden, door op basis van de federale vaststellingen zelf een verslag op te maken die dan aanleiding zou kunnen geven tot de intrekking van de erkenning van het dienstenchequebedrijf door het gewest.

Probleem hierbij is dat alle “sociale” inspectiediensten van België gebonden zijn door de volgende bepalingen uit het Internationaal Verdrag nr. 81 van de IAO betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel, waarmee het land instemming heeft betuigd in 1957 (Wet van 29 maart 1957 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag nr.81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel, aangenomen op 11 Juli 1947, te Geneve, door de Internationale Arbeidsorganisatie tijdens haar dertigste zitting).

Dit Verdrag legt de volgende verplichtingen op:

Verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel

Artikel 12

“1. De inspecteurs van de arbeid, *voorzien van behoorlijke legitimatiebewijzen*, zullen bevoegd zijn:

- a) om vrijelijk, zonder voorafgaande kennisgeving op elk uur van de dag en de nacht in elke aan toezicht onderworpen inrichting binnen te treden;*
- b) om overdag alle lokaliteiten te betreden, waarvan zij een redelijke grond hebben te veronderstellen, dat deze aan toezicht van de inspectie onderworpen zijn;*
- c) om over te gaan tot alle onderzoeken, controles of enquêtes, welke zij nodig mochten oordelen om er zich van te verzekeren, dat de wettelijke bepalingen daadwerkelijk in acht genomen worden en in het bijzonder:*
 - i) om alleen of in tegenwoordigheid van getuigen de werkgever of het personeel der onderneming te ondervragen over alle aangelegenheden betreffende de toepassing van de wettelijke bepalingen;*
 - ii) om overlegging te vragen van alle boeken, registers en documenten, waarvan het aanhouden bij de wetgeving betrekking hebbende op de arbeidsvoorwaarden is voorgeschreven, ten einde na te gaan of die in overeenstemming met de wettelijke bepalingen zijn, en om afschriften daarvan of uittreksels daaruit te maken;*
 - iii) om het aanplakken van mededelingen te eisen, waarbij het aanbrengen bij de wettelijke bepalingen vereist is;*
 - iv) om monsters van materialen en stoffen, die gebruikt of behandeld worden, te nemen en mede te nemen teneinde die te analyseren, mits de werkgever of diens vertegenwoordiger gewaarschuwd wordt, dat materialen of stoffen daartoe genomen en medegenomen zijn.*

2. Bij gelegenheid van een inspectiebezoek moet de inspecteur de werkgever, of diens vertegenwoordiger van zijn aanwezigheid in kennis stellen, tenzij hij van oordeel is dat een dergelijke kennisgeving de uitoefening van zijn taak zou kunnen schaden.

[...]

Artikel 18

Bij de nationale wetgeving zullen doeltreffende maatregelen getroffen bij overtreding aan wie onderworpen is aan het toezicht van de inspecteurs van de arbeid, en voor obstructie tegen de inspecteurs van de arbeid bij de uitoefening van hun functies; die strafbepalingen zullen daadwerkelijk worden toegepast”.

Artikel 20 van het Sociaal Strafwetboek, de code waaraan de federale inspecteur van de sociale wetten zich te houden heeft bij elke controle, bepaalt daarom dat:

“De sociaal inspecteurs oefenen hun opdrachten uit voorzien van het legitimatiebewijs van hun ambt.

De sociaal inspecteurs moeten hun legitimatiebewijs steeds voorleggen”.

Om dezelfde reden bevat ook de gewestelijke inspectie-ordonnantie van 30 april 2009 een vergelijkbare bepaling⁴.

Strafrechtelijk heeft dat belangrijke gevolgen:

- we hebben reeds gezien dat de strafrechtelijke sancties wegens inbreuk op de discriminatiewetgeving bijzonder karig zijn, de sancties zijn overwegend van burgerrechtelijke aard;
- daarnaast bestaan er eigenlijk slechts twee andere zijdelingse strafbaarstellingen in deze context, namelijk wegens de verhindering van toezicht (gevangenisstraffen of strafrechtelijke geldboeten) zoals bepaald door de artikelen 101 en 209 van het Sociaal Strafwetboek, en wegens smaad (gevangenisstraffen of strafrechtelijke geldboeten), door artikel 276 van het Strafwetboek⁵.

“Mystery shoppen” zonder spontane identificatie via de legitimatiekaart zou nooit aanleiding kunnen geven tot een uitspraak van dergelijke straffen, wegens een vormfout in de – internationaal vastgelegde – procedures.

Het “statuut” van de vaststellingen gedaan door sociale inspecteurs zonder vertoon van legitimatiekaart is om dezelfde redenen vatbaar voor (gerechtelijke) betwisting.

3. Eindconclusies

Op basis van de juridische analyses in dit document komen we tot de volgende conclusies.

1. Er bestaat ogenschijnlijk geen wetgeving met sancties wegens discriminatie *door* klanten;
2. Met eerbiediging van de institutionele bevoegdheidsverdeling vastgelegd door de bijzondere wetten bestaat er wetgeving met sancties wegens een discriminerende behandeling *van* klanten;
3. Met eerbiediging van de institutionele bevoegdheidsverdeling vastgelegd door de bijzondere wetten bestaat er wetgeving met sancties wegens een discriminerende behandeling van werknemers;
4. Omwille van die institutionele bevoegdheidsverdeling wordt de straf- en burgerrechtelijke beteugeling van discriminatie in de arbeidsbetrekkingen van werknemers in loondienst, als onderdeel van het federale arbeidsrecht, uitsluitend geregeld door de federale wetten, zo ook bij discriminatie door dienstenchequebedrijven van hun personeel;
5. Om deze redenen is alleen de federale inspectie van de sociale wetten bevoegd om een PV wegens inbreuk op het verbod van discriminatie bij arbeid vast te stellen, en dit, zelfs na de zesde staatshervorming;
6. Sinds de staatshervorming is het gewest bevoegd geworden voor het stelsel van de dienstencheques, behoudens wat het arbeidsrecht en dus de arbeidsbetrekkingen betreft;

⁴We beklemtonen andermaal dat de gewestelijke diensten niet bevoegd zijn om meteen zelf en rechtstreeks op te treden tegen de onlangs aangeklaagde ongelijke behandeling aangezien het om een discriminatie in de arbeidsbetrekkingen gaat (federaal arbeidsrecht).

⁵« Smaad door woorden, daden, gebaren of bedreigingen gepleegd tegen een ministerieel ambtenaar, een agent die drager is van het openbaar gezag of van de openbare macht of tegen enig ander persoon met een openbare hoedanigheid bekleed, in de uitoefening of ter gelegenheid van de uitoefening van hun bediening ».

7. De gewestelijke diensten en beleidslieden – de gewestelijke werkgelegenheidsinspecties, de diensten die het stelsel van de dienstencheques beheren, de Minister van Werkgelegenheid – kunnen op basis van een definitief geworden administratieve geldboete of een in kracht van gewijsde getreden veroordeling door de rechtbank, orgelpunt van de procedures opgestart en de vaststellingen gedaan door de federale inspectie van de sociale wetten, optreden binnen hun eigen bevoegdheden. Het eindresultaat daarvan is de intrekking, door het gewest, van de erkenning als dienstenchequebedrijf;
8. De gewestelijke diensten en beleidslieden – de gewestelijke werkgelegenheidsinspecties, de diensten die het stelsel van de dienstencheques beheren, de Minister van Werkgelegenheid – kunnen ervoor kiezen de definitief geworden administratieve geldboete of een in kracht van gewijsde getreden veroordeling door de rechtbank niet afwachten, en reeds actie ondernemen op basis van de vaststellingen gedaan door de federale inspectie van de sociale wetten. Deze naarstigheid is evenwel niet zonder risico: indien het gewest overgaat tot de intrekking van de erkenning, en nadien blijkt dat er uiteindelijk geen enkele federale sanctie volgt op het federale PV (geen boetes, geen veroordelingen door de rechter), stelt het gewest zich bloot aan procedures van het door de intrekking benadeelde bedrijf;
9. Wat na de “boetedoening” door het bedrijf (gevolg gegeven aan de burgerrechtelijke veroordelingen, de noodzakelijke schadevergoedingen en boetes betaald, enz.)? In dit geval kan een volgens de vormen en regels ingediende aanvraag tot nieuwe erkenning reglementair niet zomaar onontvankelijk of ongegrond worden verklaard. Immers, volgens de dienstenchequereglementering verbindt een onderneming die een aanvraag indient “*er zich toe geen werknemers en klanten direct of indirect te discrimineren zoals bedoeld in de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*”. Na het “uitzitten” van de straf is ze als het ware weer gezuiverd. Alleen als de bestuurders, zaakvoerders enz. dezelfde zouden zijn als van de onderneming waarvan de erkenning “recent” (tot 3 jaar terug in de tijd) zou zijn ingetrokken, kan een nieuwe aanvraag worden geweigerd, op die grond. Een nog zwaardere sanctie in de wetgeving opnemen zou neerkomen op een “beroepsverbod”, wat in rechte haast steeds verboden is. Daarnaast wordt er door een – tijdelijke? – sluiting ook schade opgelopen op andere vlakken (ontslag van het personeel);
10. Naar aanleiding van de praktijktesten uitgevoerd door het Minderhedenforum in Vlaanderen, verschenen er verschillende commentaarstukken van juristen en andere deskundigen volgens dewelke praktijktesten in dit land onmogelijk zouden zijn, omdat die uit de discriminatiewetgeving zouden “verdwenen” zijn. Dit betoog moet genuanceerd worden:
 - a) de rechters hebben het nooit aangedurfd de praktijktest die uitdrukkelijk vermeld werd in de discriminatiewetgeving van 2003, toe te passen, omdat essentiële bepalingen daartoe door het Parlement gedelegeerd waren aan de Regering, en de Raad van State deze habilitatie te verregaand vond;
 - b) de vervangende discriminatiewetgeving van 2007 gewaagt weliswaar niet meer uitdrukkelijk van praktijktests, maar beoogt ze wel duidelijk, zoals afgeleid kan worden uit de voorbereidende werkzaamheden bij de wet. Toch lijkt het erop alsof de rechters bevreesd zijn om deze ten volle als bewijsmiddel te aanvaarden, omdat het wettelijk

kader andermaal lacunes vertoont. Deze keer is er geen sprake meer van overdreven delegaties aan de executieve (er zijn er zelfs geen), maar heeft de wetgever zelf evenmin de essentiële begrippen uit de regeling gedefinieerd, wat voor de Raad van State voldoende is om te concluderen dat het wettigheidsbeginsel niet is nageleefd. (Allicht) daardoor deinzen de rechters ervoor terug om die als volwaardig bewijsmateriaal te aanvaarden;

- c) zeker is dat zowel de wetgever van 2003 als die van 2007 geen mogelijkheid laat of een basis legt om de praktijktesten te gebruiken als een soort van methode om discriminaties proactief te gaan opsporen, zoals bijvoorbeeld onlangs het Minderhedenforum heeft gedaan. De wettelijk –zij het lacunair – bestaande praktijktest kadert volledig binnen de bewijslastregeling, en zou dus maar kunnen worden aangewend, naar aanleiding van een concreet (vermoed) geval van discriminatie, dat voor de rechter is gekomen ingevolge een klacht, en die desgewenst door hem wordt aangewend om zijn oordeel te vormen over de noodzaak om de last van het bewijs op de verweerder te leggen in plaats van op de eiser;
 - d) sowieso is de praktijktest geen wondermiddel, aangezien de vrije appreciatie van het bewijs door de rechter – welk materiaal aanvaardt hij als bewijs – een fundamenteel rechtsbeginsel is, waar hij alleen over beschikt, in eer en geweten;
11. Volgens een internationale rechtsregel heeft geen enkele van de sociale inspecties van dit land het recht om op te treden zonder eerst de specifieke hoedanigheid – vertegenwoordiger van de openbare macht – kenbaar te maken aan de geïnspecteerde. “Mystery calls”, “mystery shopping” en andere praktijktesten die volgens vergelijkbare technieken zouden werken, zijn bijgevolg verboden en uitgesloten;
12. Indien men zou overwegen om een gewestelijk transversaal wettelijk kader uit te werken waardoor de praktijktesten wel door de rechters zouden (kunnen) worden toegepast, en zelfs ook als proactief opsporingsmiddel, bijvoorbeeld op initiatief van de staatssecretaris bevoegd voor gelijke kansen, zal men er zich op dat ogenblik alleszins voldoende rekenschap dienen van te geven dat dit kader niet zal kunnen gelden op een aantal terreinen waarop men discriminatie vermoedt, zoals bijvoorbeeld de arbeidsbetrekkingen in de privésector (federale bevoegdheid), of in de welzijnssector (gemeenschappen). Ook voor bepaalde andere “te saneren” terreinen – uitgangseven – is verre van zeker dat deze volledig binnen de gewestelijke bevoegdheden vallen. Alleen huisvesting lijkt op dit vlak een zekerheid.

4. Voornaamste bronnen

<http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/51/2722/51K2722001.pdf>

<http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/2722/51K2722005.pdf>

<http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/51/2720/51K2720009.pdf>



Een formele juridische stellingname over het vraagstuk van de praktijktesten en de bestrijding van de discriminatie binnen de grenzen van de gewestelijke aangelegenheden en bevoegdheden

Om de eerste vraag te beantwoorden, moet vooreerst duidelijk gemaakt worden wat men begrijpt onder “*praktijktesten*”.

I. Wat verstaat men “onder praktijktesten”?

Volgens Wikipedia verstaat men onder “praktijktest” (vrije vertaling uit het Franse origineel):

“De praktijktest is een onderzoeksmiddel en een vorm van maatschappelijke proefondervindelijke vaststellingen in een levensechte situatie om discriminatie aan de kaak te stellen. In de eenvoudigste toepassing wordt een vergelijking gemaakt tussen het gedrag van een derde ten aanzien van twee personen met een overeenstemmend profiel, voor alle relevante kenmerken, met uitzondering van het kenmerk waarvan men vermoedt dat het de oorzaak is van een discriminerend gedrag.

[...]

Er worden bijvoorbeeld twee CV's opgestuurd als reactie op een werkaanbieding, die in de mate van het mogelijke nagenoeg identiek zijn, op de te testen variabele (herkomst, geslacht, leeftijd, enz.) na, waarna de volgende oefening wordt gemaakt: kan een verband worden gelegd tussen een afwijzing en die variabelen? Men moet er echter nauwkeurig op toezien dat de CV's niet fictief zijn. De vraag van het mogelijke slachtoffer van een ongelijke behandeling moet ernstig zijn: indien het de test gewoon wil uitvoeren om te zien of er eventueel een weigering uit voortvloeit, lokt het een fout uit waardoor de test alle geloofwaardigheid verliest. Omgekeerd is het toegelaten dat het andere CV niet overeenstemt met een werkelijke sollicitatie.

De praktijktest kan worden ingezet om verschillende uitingen van discriminatie aan het licht te brengen en te bestuderen:

- *Het solliciteren en de aangeboden arbeidsovereenkomst”.*

[...]

II. Kunnen sociale inspecteurs zoals de personeelsleden van de GWI praktijktesten verrichten?

Neen. Alle “sociale” inspectiediensten van België (de federale en deze van de gefedereerde entiteiten) zijn volledig en zonder enige uitzondering gebonden door het geheel van de bepalingen uit het Internationaal Verdrag nr. 81 van de IAO betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel, waarmee het land instemming heeft betuigd in 1957 (Wet van 29 maart 1957 houdende goedkeuring van het Internationaal Verdrag nr.81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel, aangenomen op 11 Juli 1947, te Geneve, door de Internationale Arbeidsorganisatie tijdens haar dertigste zitting).

Dit Verdrag legt de volgende verplichtingen op:



Verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel

Artikel 12

'1. De inspecteurs van de arbeid, **voorzien van behoorlijke legitimatiebewijzen**, zullen bevoegd zijn:

- a) om vrijelijk, zonder voorafgaande kennisgeving op elk uur van de dag en de nacht in elke aan toezicht onderworpen inrichting binnen te treden;
- b) om overdag alle lokaliteiten te betreden, waarvan zij een redelijke grond hebben te veronderstellen, dat deze aan toezicht van de inspectie onderworpen zijn;
- c) om over te gaan tot alle onderzoeken, controles of enquêtes, welke zij nodig mochten oordelen om er zich van te verzekeren, dat de wettelijke bepalingen daadwerkelijk in acht genomen worden en in het bijzonder:
 - i) om alleen of in tegenwoordigheid van getuigen de werkgever of het personeel der onderneming te ondervragen over alle aangelegenheden betreffende de toepassing van de wettelijke bepalingen;
 - ii) om overlegging te vragen van alle boeken, registers en documenten, waarvan het aanhouden bij de wetgeving betrekking hebbende op de arbeidsvoorwaarden is voorgeschreven, ten einde na te gaan of die in overeenstemming met de wettelijke bepalingen zijn, en om afschriften daarvan of uittreksels daaruit te maken;
 - iii) om het aanplakken van mededelingen te eisen, waarbij het aanbrengen bij de wettelijke bepalingen vereist is;
 - iv) om monsters van materialen en stoffen, die gebruikt of behandeld worden, te nemen en mede te nemen teneinde die te analyseren, mits de werkgever of diens vertegenwoordiger gewaarschuwd wordt, dat materialen of stoffen daartoe genomen en medegenomen zijn.

2. Bij gelegenheid van een inspectiebezoek moet de inspecteur de werkgever, of diens vertegenwoordiger van zijn aanwezigheid in kennis stellen, tenzij hij van oordeel is dat een dergelijke kennisgeving de uitoefening van zijn taak zou kunnen schaden¹.

[...]

Om deze redenen bepaalt artikel 20 van het Sociaal Strafwetboek, de code waaraan de federale inspecteur van de sociale wetten zich te houden heeft bij elke controle, dat:

'De sociaal inspecteurs oefenen hun opdrachten uit voorzien van het legitimatiebewijs van hun ambt. De sociaal inspecteurs moeten hun legitimatiebewijs steeds voorleggen'.

De voorganger van het Sociaal Strafwetboek, namelijk de Wet van 16 november 1972 betreffende de arbeidsinspectie, bevatte dezelfde bepalingen (art. 3, § 1, tweede lid, en 4, § 1, inleidende zin).

Om dezelfde reden bevatten ook de gewestelijke werkgelegenheidsinspectie-ordonnantie en -decreten een vergelijkbare bepaling ¹:

- Art. 4 en 9/1 (de inleidende zinnen) van de ordonnantie van 30 april 2009 betreffende het toezicht op de reglementeringen inzake werkgelegenheid die tot de bevoegdheid

¹We beklemtonen echter dat de gewestelijke diensten niet bevoegd zijn om meteen zelf en rechtstreeks op te treden tegen een aangeklaagde ongelijke behandeling wanneer het om een discriminatie in de arbeidsbetrekkingen gaat (federaal arbeidsrecht).



- van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest behoren en de invoering van administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op deze reglementeringen;
- Art. 3 (de inleidende zin) van het decreet van 5 februari 1998 houdende toezicht en controle op de naleving van de wetgeving betreffende het tewerkstellingsbeleid (het Waalse Gewest en de Duitstalige Gemeenschap);
 - Art. 5, tweede lid van het decreet van 30 april 2004 tot uniformisering van de toezichts-, sanctie- en strafbepalingen die zijn opgenomen in de regelgeving van de sociaalrechtelijke aangelegenheden, waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn (het Vlaamse Gewest).

De inspecteurs moeten aldus steeds eerst een legitimatiebewijs voorleggen, om zich kenbaar te maken, en dit op een verplichte wijze, bij elk contact, alvorens hun bevoegdheden uit te oefenen en het toezicht daadwerkelijk aan te vatten. Vóór de eerste daad van toezicht en controle dienen zij zich te identificeren: naam, hoedanigheid, foto en handtekening van de inspecteur, dienst waarvan ze afhangen, beëdiging en wettelijk kader van optreden. Indien de inspecteur het document niet spontaan voorlegt, heeft de gecontroleerde het recht dit te eisen.

“De legitimiteit van het optreden van de sociale inspecteurs” [en bijgevolg van hun vaststellingen, adm.] *“hangt daar van af”* (G. Van Limberghen, editor (1998), Sociaal Strafrecht, MAKLU), p. 156.

De enige afwijking die het IAO-Verdrag toelaat is niet een uitzondering op de verplichting van de voorafgaandelijke identificatie via legitimatie (inleidende zin van artikel 12.1), maar een uitzondering op artikel 12.2., namelijk op de principiële plicht voor de inspecteur om de werkgever van zijn aanwezigheid in kennis te stellen (“tenzij hij van oordeel is dat een dergelijke kennisgeving [= aan de werkgever] de uitoefening van zijn taak zou kunnen schaden”). Zo kan de inspecteur bijvoorbeeld onaangekondigd opdagen in het bedrijf en zich meteen tot de werknemers richten, zonder eerst naar de werkgever te vragen; ook in dat geval zal hij zich echter vóór zijn eerste vraag moeten legitimeren via een officiële titel (zij het in dat geval jegens de bevroegde *werknemer*).

Zie immers het arrest nr. 31692-03 van het Arbeidshof, Luik (Luik), 21 september 2004, aangehaald in Charles-Eric Clesse & Gian-Franco Raneri, *‘La doctrine juridictionnelle du droit pénal social’*, Droit social, Larcier, 2010, p. 85-86 (vrije vertaling uit het origineel in het Frans):

‘Uittreksel van het arrest

De eiser in beroep vecht het gewezen vonnis aan voor zover de eerste rechters² de door de huidige verweerder ingediende vordering gegrond hebben verklaard, en de op 22 februari 2002 betekende bestuurlijke beslissing hebben vernietigd, omdat bij het onderzoek volgens de rechtbank het artikel 12 van het verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie van de IAO niet werd nageleefd, aangezien er geen poging werd ondernomen de zaakvoerder per telefoon te bereiken, en het personeel niet ondervraagd werd op de locatie waar de sociale documenten zich zouden kunnen bevinden. De procedure was daardoor onregelmatig bevonden, zodat ook de inbreuken formeel niet waren vastgesteld. De procedure is nochtans regelmatig verlopen, aangezien de inspecteur niet verplicht is om in alle omstandigheden de werkgever van zijn aanwezigheid op de hoogte te brengen, en ‘hij wel

² Arbeidsrechtbank van Hoei (tweede kamer), 28 mei 2003.



degelijk het personeel ondervraagd heeft op de locatie waarvan men kon vermoeden dat er sociale documenten werden bijgehouden'.

De verweerder (= FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg) vraagt een onvoorwaardelijke bevestiging van het gewezen vonnis. (...)

Gegrontheid van het beroep

Arbeidshof Luik, 21 september 2004, R.G. 31.692/03

- 1. Volgens artikel 12, 2° van het Verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie van de IAO moet de inspecteur de werkgever of diens vertegenwoordiger van zijn aanwezigheid in kennis stellen, tenzij hij van oordeel is dat een dergelijke kennisgeving de doeltreffendheid van zijn controle zou kunnen schaden.*
- 2. Op basis van de formulering van dat artikel beschikt de arbeidsinspecteur over een appreciatierecht en kan hij de werkgever al dan niet van zijn aanwezigheid verwittigen. Bijgevolg kan men niet beweren dat het verdrag nr. 81 de inspecteur op dat vlak tot iets verplicht, en dat een verzuim in dezen tot de wederrechtelijkheid van de controle zou leiden.*
- 3. In het onderhavige geval was de werkgever afwezig en kon de inspecteur hem onmogelijk zijn aanwezigheid melden; de inspecteur heeft zich naar behoren van zijn taak gekweten, ook al heeft hij de werkgever niet opgebeld.*
- 4. Het dossier bevat overigens geen enkel bewijs dat de inspecteur voor de controle opzettelijk een dag zou hebben gekozen waarvan hij wist dat de werkgever afwezig zou zijn; **hij trad niet incognito op en heeft integendeel vóór de aanvang van het toezicht zijn legitimatiekaart getoond aan het personeel dat op de werkplaats aanwezig was.***

[...]

*Verklaart het beroep ontvankelijk en gegrond;
Hervormt het gewezen vonnis'.*

Hooguit aanvaardt de rechtspraak (de Franse rechtspraak, die echter evengoed bruikbaar is voor België, aangezien de Franse wetgeving een afgeleid product is van het IAO-verdrag nr. 81, net zoals de Belgische) dat de arbeidsinspecteur of -controleur zijn hoedanigheid met om het even welk middel kan aantonen, zonder dat hij verplicht is zijn legitimatiekaart ('carte professionnelle' in Frankrijk) te overleggen (Cass. crim., 13 juni 1989, nr. 89-80.979); de 'juge judiciaire' (Franse rechter) laat overigens niet toe dat men van de arbeidsinspecteur of -controleur eist dat hij zijn kaart aan het onthaal van het bedrijf achterlaat, zelfs niet in ruil voor een badge of een ontvangstbewijs. Samengevat: de 'juge judiciaire' erkent dat, door op een overdreven strikte manier te eisen dat de arbeidsinspecteur of -controleur zijn hoedanigheid aantoont, de werkgever zich op een verdoezelde manier schuldig kan maken aan het verhinderen van het toezicht, wat een misdrijf is, zeker als de inspecteur of controleur **ontegenzeglijk gekend en geïdentificeerd** is (Cass. crim., 16 september 2003, Bull. crim. 2003, nr. 164).

III. Conclusies



Het is onaanvaardbaar dat inspectiekorpsen die moeten waken over de eerbiediging van de arbeids- en werkgelegenheidsreglementering *incognito* testen afnemen en controles verrichten.

“Mystery shoppen” zonder identificatie via de legitimatiekaart zou nooit aanleiding kunnen geven tot welke burger- of strafrechtelijke sanctie wegens vastgestelde discriminatie dan ook, aangezien een procedurele vormfout zou begaan zijn ten aanzien van de – internationaal vastgelegde – procedures.

Het “statuut” van de vaststellingen gedaan door sociale inspecteurs zonder vertoon van legitimatiekaart is om dezelfde redenen vatbaar voor (gerechtelijke) betwisting.

Bovendien mag men evenmin uit het oog verliezen dat de Internationale Arbeidsorganisatie zeer secure en permanente opvolgingsmechanismen gebruikt om na te gaan of de verdragsluitende partijen zich zowel in hun regelgeving als in hun inspectiepraktijken houden aan alle bepalingen van de IAO-verdragen die ze hebben geratificeerd.

Geregeld gaat de IAO na of internationale arbeidsnormen worden toegepast. Ze maakt de lidstaten opmerkzaam op de terreinen die vatbaar zijn voor verbetering. Als er een probleem rijst bij de toepassing van die normen, probeert ze de betrokken landen bij te staan via een sociale dialoog en technische ondersteuning.

Verschillende door de IAO ingevoerde controlemechanismen laten toe op te volgen welke juridische en praktische uitwerking de verdragen en de aanbevelingen krijgen die zijn goedgekeurd door de Internationale Arbeidsconferentie, en geratificeerd door de staten.

Er bestaan twee categorieën van controlemechanismen:

1. Stelsel van regelmatige controle: de periodieke rapporten van de lidstaten over de getroffen maatregelen ter uitvoering van de bepalingen van de geratificeerde verdragen worden bestudeerd.
2. Bijzondere procedures: deze bevatten bezwaar- en klachtenprocedures die algemeen van toepassing zijn, alsook een bijzondere procedure op het vlak van de vakbondsvrijheid (zelden gebruikt).

Het stelsel van regelmatige controle neemt de rapporten van de lidstaten over de juridische en praktische uitwerking als uitgangspunt, naast de opmerkingen die daarover werden gemaakt door de werknemers- en werkgeversorganisaties. Twee instellingen van de IAO verrichten die controle:

1. De expertcommissie voor de toepassing van de verdragen en de aanbevelingen
2. De driepartijencommissie voor de toepassing van de verdragen en de aanbevelingen van de Internationale Arbeidsconferentie.





Na ratificatie van een IAO-verdrag moet de staat geregeld in een rapport de uitvoeringsmaatregelen toelichten. Om de twee jaar moeten de regeringen een rapport bezorgen met een uiteenzetting van de juridische en praktische maatregelen die werden getroffen om deze of gene van de acht fundamentele en de vier prioritaire geratificeerde verdragen toe te passen. Daarnaast moeten ze om de vijf jaar dezelfde oefening doen voor alle overige verdragen, behalve uitzonderingen (verdragen waarvan de toepassing niet langer verloopt volgens een zekere regelmaat). Het kan gebeuren dat een toepassingsrapportering wordt gevraagd met kortere tussenpozen. De regeringen moeten een exemplaar van hun rapport bezorgen aan de werkgevers- en werknemersorganisaties, die commentaarrecht hebben. Die organisaties mogen trouwens hun commentaren over de toepassing van de verdragen ook rechtstreeks opsturen naar het IAB.

De expertcommissie is samengesteld uit 20 vooraanstaande juristen die de beheerraad voor drie jaar aanstelt (hernieuwbaar). De opdracht van de expertcommissie veronderstelt een onpartijdige en technische evaluatie van de toepassing van de internationale arbeidsnormen.

De commissie geeft twee soorten commentaren over de opmerkingen en de rechtstreekse vragen. De opmerkingen bevatten een commentaar op de fundamentele vragen die rijzen bij de toepassing van een welbepaald verdrag door een staat. Die opmerkingen worden bekendgemaakt in het jaarverslag van de commissie. De rechtstreekse vragen hebben betrekking op technische kwesties of een behoefte aan nadere toelichting. Ze worden niet bekendgemaakt in het verslag maar rechtstreeks aan de betrokken regeringen meegedeeld.

Voorbeeld

Rechtstreekse vraag (CEACR) – aangenomen in 2014, gepubliceerd tijdens zitting 104 van de IAC

Verdrag (nr. 81) over de arbeidsinspectie, 1947 – Honduras (Ratificatie: 1983)

Artikel 12, paragrafen 1 a) en 2. Vrije toegang voor de arbeidsinspecteurs tot de aan het toezicht onderworpen inrichtingen en reële toepassing van de gepaste sancties in geval van obstructie. In haar eerdere commentaren had de commissie opgemerkt dat er sinds 2006 geen vooruitgang was geboekt op het vlak van de uitbreiding van de toegangsrechten tot de arbeidsplaatsen ten voordele van de veiligheids- en gezondheidsinspecteurs. De commissie had de regering om informatie verzocht over de genomen of overwogen maatregelen tot wijziging van de wetgeving en de praktijken in de zin van het relevante verdrag. Zij stelt vast dat de regering geen enkele informatie over dat vraagstuk verstrekt. ***De commissie hoopt dat de regering erop toeziet dat zowel de wetgeving als de praktijken worden afgestemd op de bepalingen van het toepasselijke verdrag volgens welke de arbeidsinspecteurs, voorzien van behoorlijke legitimatiebewijzen, bevoegd zijn om vrijelijk, zonder voorafgaande kennisgeving op elk uur van de dag en de nacht in elke aan toezicht***



onderworpen inrichting binnen te treden (artikel 12, paragraaf 1, a)) en, bij gelegenheid van een inspectiebezoek, de inspecteur de werkgever, of diens vertegenwoordiger, van zijn aanwezigheid in kennis moet stellen, tenzij hij van oordeel is dat een dergelijke kennisgeving de uitoefening van zijn taak zou kunnen schaden (artikel 12, paragraaf 2).

De gewestelijke (en federale) normen op dat bijzondere punt wijzigen is dus onmogelijk zolang de Belgische staat het verdrag dat hij geratificeerd heeft, niet opzegt, wat uiteraard ondenkbaar is.

IV. Kunnen de gewestelijke inspecties de naleving nagaan (al dan niet via praktijktesten) van federale bevoegdheden?

Een gebruik van praktijktesten is hoe dan ook uitgesloten (*cf. supra*).

De gewestelijke inspectiediensten en administraties kunnen de naleving van federale materies niet controleren en dus evenmin zelf een niet-naleving van federale normen vaststellen. Hetzelfde geldt ook in de tegenovergestelde richting: de federale inspectiediensten en administraties kunnen de naleving van gewestelijke materies niet controleren en dus evenmin zelf een niet-naleving van gewestelijke normen vaststellen.

Dit is een toepassing van de federale loyaleit en het verticaliteitsbeginsel.

Federale loyaleit

De **federale loyaleit** is het staatsrechtelijk principe dat stelt dat in een federale staat de verschillende deelstaten en de federale/nationale overheid constructief moeten samenwerken en elkaar niet mogen tegenwerken.

De federale loyaleit geldt in drie richtingen: de federale overheid moet loyaal zijn ten aanzien van de deelstaten, de deelstaten moeten onderling loyaal zijn en ook ten aanzien van de federale overheid.

In België wordt de toepassing van dit principe opgelegd door artikel 143, § 1, van de Belgische Grondwet. Dit principe kan omschreven worden als de verplichting voor de federale overheid en de deelstaten om bij de uitoefening van hun bevoegdheden het evenwicht van de federale constructie niet te verstoren. Meer concreet mag men de economische en monetaire unie niet schaden en moet men rekening houden met de andere entiteiten.

PS: sinds de staatshervorming van 2014 (bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming) beschikt het Grondwettelijk Hof tevens over de bevoegdheid om wetskrachtige normen te toetsen aan artikel 143.

Verticaliteitsbeginsel

Ingevolge het **verticaliteitsbeginsel** kan het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn gewestelijke inspectiediensten niet bevoegd maken voor het toezicht op bepalingen die tot de federale bevoegdheid behoren. Op basis van het verticaliteitsbeginsel gaat de wetgevende bevoegdheid gepaard met de uitvoerende bevoegdheid. *“Het houdt in dat een overheid die bevoegd is ten aanzien van een*



*bevoegdheidsmaterie over de volledige wetgevings-, uitvoerings-, controle- en financieringsbevoegdheid beschikt om de bevoegdheden te regelen. (...) Het verticaliteitsbeginsel vindt zijn grondslag in de autonomie waarover de gemeenschappen en gewesten beschikken, zoals die afgeleid wordt uit de artikelen 1, 2 en 3 Grondwet*³. Artikel 87, §1 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen bepaalt zo dat iedere Regering beschikt over een eigen administratie, eigen instellingen en eigen personeel. De uitvoering van een bevoegdheid door een overheid A waarvan de wetgevende bevoegdheid ligt bij een overheid B, is dus principieel uitgesloten. Alleen de Grondwet of een bijzondere wet kunnen in uitzonderingen voorzien op dit algemene beginsel.

Inzake werkgelegenheid en arbeid voorziet de bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming (die de wet van 8 augustus 1980 heeft gewijzigd) in slechts twee uitzonderingen op dit principe, met name wat betreft de vergunningsregelingen voor de toegang tot de bezoldigde en zelfstandige arbeidsmarkt van buitenlandse werknemers, en wat betreft het doelgroepenbeleid. Voor de materie van discriminatie in arbeidsbetrekkingen (federaal, arbeidsrecht) bestaat er geen enkele uitzondering.

De uitzonderingen zijn aldus opgenomen in art. 6, § 1, IX, 3°, 4° en 7° (*het tewerkstellingsbeleid*) van de wet van 8 augustus 1980.

Vergunningsregelingen

“3° de tewerkstelling van buitenlandse arbeidskrachten, met uitzondering van de normen betreffende de arbeidskaart afgeleverd in het kader van de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen en de vrijstellingen van beroepskaarten verbonden aan de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen.

De vaststelling van de inbreuken kan eveneens worden verricht door de daartoe door de federale overheid gemachtigde ambtenaren.

*4° de toepassing van de normen betreffende de arbeidskaart afgeleverd in het kader van de specifieke verblijfssituatie van de betrokken personen. Het toezicht op de naleving van deze normen behoort tot de bevoegdheid van de federale overheid. **De vaststelling van de inbreuken kan eveneens worden verricht door de daartoe door de gewesten gemachtigde ambtenaren;***

[...]

Doelgroepenbeleid

7° het doelgroepenbeleid:

a) de verminderingen van de werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid die vastgesteld worden in functie van de eigen kenmerken van de werknemers. De federale overheid is niet bevoegd om vermindering van werkgeversbijdragen in te voeren die vastgesteld worden in functie van de eigen kenmerken van de werknemers. De federale overheid blijft echter bevoegd voor de structurele verminderingen van werkgeversbijdragen

³ J. Vanpraet, De latente staatshervorming, De Keure, Brugge, 2011, 50-51.



voor de sociale zekerheid, voor de verminderingen van werknemersbijdragen alsook voor de vermindering van werkgeversbijdragen voor de sociale zekerheid die vastgesteld worden in functie van de eigen kenmerken van de werkgever of in functie van de activiteitensector.

Evenwel zijn de gewesten bevoegd voor:

- de verminderingen voor de bagger- en sleepvaartsector en voor de koopvaardij, met uitzondering van de vermindering van werknemersbijdragen voor de sociale zekerheid voor de bagger- en sleepvaartsector;*
- de verminderingen voor de sector van de sociale economie;*
- de verminderingen voor onthaalouders;*
- de verminderingen voor huispersoneel;*
- de verminderingen voor kunstenaars.*

De federale instellingen bevoegd voor de socialezekerheidsbijdragen, zijn de enige administratieve en technische operatoren.

b) de activering van de uitkeringen toegekend door de werkloosheidsverzekering of van de financiële maatschappelijke bijstand, in geval van werkhervatting, met het behoud van een uitkering die door de werkgever in mindering wordt gebracht van het loon.

De federale instellingen bevoegd voor werkloosheidsuitkeringen of bevoegd voor financiële maatschappelijke bijstand, zijn de enige administratieve en technische operatoren.

Ter herinnering: wat betreft de algemene vaststelling dat discriminatie in arbeidsbetrekkingen als onderdeel van het arbeidsrecht een federale bevoegdheid is gebleven, verwijzen we naar de analyse die de medewerkers van de Minister in de lente van 2015 reeds van de administratie hebben ontvangen (de nota getiteld "Discriminatie – Sector dienstencheques – Praktijktests – Juridische analyse").

Deze conclusies werden toen en bij elke volgende gelegenheid en vraagstelling onder meer onderbouwd met:

- de memorie van toelichting bij de bijzondere staatshervormingswet van 6 januari 2014;
- rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (arrest nr. 75/2012 van 14 juni 2012);
- adviezen van de Raad van State (nr. 41.541/1 van 16 november 2006 en nr. 48.922/1 van 19 november 2010).

Naast het gegeven dat sociale inspecteurs (van de gewestelijke administraties in of buiten het ministerie) geen praktijktests kunnen aanwenden, heeft deze vroegere nota overigens ook uitvoerig de andere juridische problemen geschetst waarmee de federale wetgever in 2003 en 2007 geconfronteerd werd bij de poging om, binnen het kader van zijn bevoegdheden inzake het gerechtelijk recht en inzake het arbeidsrecht, een sluitende wetgeving inzake praktijktests te



BRUSSEL ECONOMIE EN WERKGELEGENHEID
GEWESTELIJKE OVERHEIDSDIENST BRUSSEL

ontwerpen. Deze sluitende regeling is er overigens nog steeds niet. De gewestelijke administratie heeft zich toen beperkt tot een objectieve weergave van de juridische analyses in de federale memorie van toelichting – meer dan dat kan zij niet doen, aangezien zij, gelet op de twee voormelde rechtsbeginselen, deze federale analyses niet kan beginnen interpreteren in deze of gene zin, laat staan beoordelen op hun pertinentie.

