

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 204.679 van 3 juni 2010
in de zaak A. 195.596/IX-6735**

In zake : de NV ACTIEF INTERIM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Véronique Pertry
kantoor houdend te Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
Regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Greef
kantoor houdend te Zellik
Noorderlaan 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 februari 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 22 december 2009 van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie waarbij de erkenning voor onbepaalde duur van de nv Actief Interim als uitzendbureau vervangen wordt door een erkenning voor zes maanden vanaf 22 december 2009.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Adjunct-auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2010.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kaat Leus en Véronique Pertry, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk De Greef, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Ines Martens, gemachtigd om ter terechtzitting advies te verlenen, heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is op 29 januari 2007 erkend als bureau voor private arbeidsbemiddeling, met inbegrip van het uitoefenen van uitzendactiviteiten in het algemeen, respectievelijk uitzendactiviteiten in de artistieke sector, in het Vlaams Gewest. Die erkenning is verleend voor onbepaalde duur.

3.2. Op 9 december 2008 brengt inspecteur van de Afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie van het Departement Werk en Sociale Economie van het Vlaams Gewest, een onaangekondigd bezoek aan een vestiging van de verzoekende partij te Neerpelt. Hij stelt een inbreuk vast op artikel 5, § 2, 1/ en 3/, van het decreet van 8 mei 2002 betreffende de evenredige participatie op de arbeidsmarkt (hierna: het decreet van 8 mei 2002) en een inbreuk op artikel 5, 7/ en 17/, van het decreet van 13 april 1999 betreffende de private arbeidsbemiddeling in het Vlaams Gewest (hierna: het decreet van 13 april 1999). Hij stelt met name vast dat in het registratiesysteem van de verzoekende partij soms een persoonsbeschrijving van de kandidaat-uitzendkrachten is opgenomen waarbij de huidskleur (donker) wordt vermeld.

3.3. De inspecteur stelt een proces-verbaal op en een administratief verslag. In dat administratief inspectieverslag wordt onder meer vermeld:

“Samenvattend kunnen we stellen dat uit de controle bij het uitzendkantoor Actief Interim te Neerpelt blijkt dat er bij veel uitzendkrachten van buitenlandse

origine 'donkere huidskleur' staat vermeld in het vrije tekstveld van het registratiesysteem van Actief Interim. Deze informatie heeft geen meerwaarde bij het beoordelen van de arbeidscapaciteiten van deze kandidaten. Naast de huidskleur blijkt dat Actief Interim veel persoonsgebonden kenmerken (kleur haar, baard, voorkomen) opneemt in het vrije tekstveld van het registratiesysteem. We merken dat de kandidaten waarbij 'donkere huidskleur' staat vermeld, worden voorgesteld aan en tewerkgesteld bij gebruikers van Actief Interim. De gedelegeerd bestuurder Mark Maesen haalt dit argument aan om tegen te spreken dat de huidskleur gebruikt wordt om te discrimineren. Hij voegt hieraan toe dat Actief Interim een duidelijk anti-discriminatiebeleid voert. Hij ontkent dat deze info wordt opgenomen omdat sommige klanten specifiek vragen om enkel uitzendkrachten van Vlaamse origine voor te stellen. De heer Maesen geeft aan dat de consulent deze info enkel opneemt om een beeld te kunnen krijgen van de kandidaat die ooit voor hem of haar heeft gezeten. Hij geeft aan dat het zeker niet is dat 'donkere huidskleur' bij alle kandidaten met een donkere huidskleur wordt opgenomen. Er bestaan hierover geen richtlijnen en de consulent beslist zelf welke kenmerken ze opneemt. Op de vraag of het opnemen van de huidskleur kwetsend of aanstootgevend kan zijn als de kandidaat bij inzage van zijn dossier dit merkt, gaat de heer Maesen niet verder op in.

Ook op de vraag of dit kan gezien worden als het niet-respectvol behandelen van de uitzendkracht, geeft heer Maesen aan dat de politiek van Actief Interim juist het respectvol behandelen van elk individu is. Hij wil duidelijk geen oordeel vellen of het opnemen van de huidskleur aanstootgevend of kwetsend kan zijn en of dit kan gezien worden als het niet respectvol behandelen van een uitzendkracht.

Volgens mij is de huidskleur geen werkgerelateerde informatie en heeft een uitzendkantoor deze informatie niet nodig bij het zoeken van de meest geschikte kandidaat voor een openstaande vacature. Deze informatie heeft ook voor de klant geen meerwaarde bij het invullen van zijn openstaande betrekking. Op de vraag waarom actief interim regelmatig toch deze info opneemt als een kandidaat met een donkere huidskleur zich wenst in te schrijven, geeft de heer Maesen enkel aan dat de consulent via deze persoonsgebonden informatie een beeld wil krijgen van de uitzendkracht.

De gedragscode van uitzendarbeid bepaalt onder artikel 5 'onthaal en begeleiding' dat het uitzendbureau zich ertoe verbindt al hun (kandidaat) uitzendkrachten, zonder enige vorm van discriminatie: goed te onthalen; met respect te benaderen en professioneel te begeleiden. Het opnemen van het niet-arbeidsgerelateerde kenmerk 'donkere huidskleur' bij een aantal ingeschreven kandidaten van buitenlandse origine in het registratiesysteem kan geen meerwaarde bieden aan de uitzendconsulent wanneer deze zoekt naar de meest geschikte kandidaat voor een openstaande betrekking. Hier is dus sprake van een onprofessionele begeleiding van de kandidaat. Bovendien getuigt het opnemen van het niet-arbeidsrelevante kenmerk 'huidskleur' van een niet-respectvolle benadering van de potentiële uitzendkracht. Het vermelden van de huidskleur in het registratiesysteem is dus een inbreuk op het artikel 5 van de gedragscode.

(...)

Niet elke Actief-vestiging heeft een apart registratiesysteem, maar het systeem wordt gebruikt door alle Actief-vestigingen, waardoor de gegevens van een kandidaat die zich in één bepaald kantoor heeft ingeschreven, ook door consulenten van de andere kantoren kan geraadpleegd worden in het registratiesysteem. De consulenten gebruiken het registratiesysteem om bij een openstaande betrekking de meest geschikte kandidaten te zoeken. Op basis van de informatie die van een kandidaat opgeslagen werd in het registratiesysteem,

wordt afgetoetst of de kandidaat voldoet aan de opgegeven voorwaarden en criteria van de openstaande betrekking. Het opnemen van de huidskleur in het registratiesysteem kan door alle consulenten gezien worden en kan door de consulenten als selectie criterium gehanteerd worden, waardoor deze kandidaten benadeeld worden.”

3.4. Op 16 maart 2009 beslist de arbeidsauditeur dat hij afziet van strafvervolging, hoewel hij de feiten bewezen acht. Hij acht het instellen van een openbare vordering niet opportuun en wenst het opleggen van een administratieve boete in overweging te laten nemen.

3.5. Bij brief van 2 juli 2009 deelt het afdelingshoofd van de Afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie aan de voorzitter van de Adviescommissie Private Arbeidsbemiddeling een onderzoeksverslag mee omtrent de feiten die werden vastgesteld bij de verzoekende partij. In de brief wordt eveneens meegedeeld dat de inspectie Sociale Economie toepassing wenst te maken van artikel 11 van het decreet van 13 april 1999, meer bepaald om, gelet op de vastgestelde inbreuk op het discriminatieverbod, de erkenning voor onbepaalde duur van de verzoekende partij om te zetten naar een erkenning voor bepaalde duur opdat het uitzendkantoor aangespoord zou worden om effectief werk te maken van structurele oplossingen, zonder dat het zijn uitzendactiviteiten in het Vlaams Gewest moet staken.

3.6. Op 14 augustus 2009 verstuurt de secretaris-generaal van het Departement Werk en Sociale Economie een aangetekende brief naar de verzoekende partij waarin de intentie wordt meegedeeld om aan de verzoekende partij een administratieve geldboete op te leggen.

3.7. Op 27 augustus 2009 nodigt de voorzitter van de Adviescommissie Private Arbeidsbemiddeling de verzoekende partij uit voor een hoorzitting. In dit schrijven verwijst de voorzitter naar de mogelijke sancties op grond van artikel 11, §§ 1 en 2 van het decreet van 13 april 1999, met name de intrekking van de erkenning en de omzetting naar een erkenning voor zes maanden.

3.8. Op 23 september 2009 geeft de Adviescommissie een verdeeld advies: de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties stellen voor de erkenning voor onbepaalde duur om te zetten in een erkenning voor zes maanden. De vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties stellen voor de erkenning niet te wijzigen. Beide stellingen worden gemotiveerd als volgt:

“Door de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties in de Commissie worden de hiernavolgende overwegingen en standpunten geformuleerd :

De organisaties die de werknemers vertegenwoordigen in de Adviescommissie Private Arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest zijn van oordeel dat de vaststellingen van de Afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie daadwerkelijk een inbreuk vormen op art.5, § 2 van het Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt evenals op de artikelen 5, 7e en 5, 17e van het Decreet van 13 april 1999 betreffende de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest.

Doordat het registratiesysteem toelaat om kandidaat-uitzendkrachten aan te wijzen op basis van hun huidskleur, maakt het uitzendbureau zich schuldig aan verboden discriminatie, minstens laat dit toe om een verboden selectiecriterium te hanteren.

Het argument dat het uitzendbureau een streng charter inzake non-discriminatie hanteert en de handel(s)wijze derhalve is toe te schrijven aan individuele consultants, overtuigt niet.

Het uitzendbureau moet er op toe zien dat de voorgeschreven procedures om bepaalde vormen van ongeoorloofde ongelijke behandeling tegen te gaan, ook daadwerkelijk worden nageleefd. Blijkbaar worden deze procedures onvoldoende bewaakt, opgevolgd en teruggekoppeld naar de consultants. Ook de klant-gebruikers worden onvoldoende gewezen op de ontoelaatbaarheid van raciale selectie.

Daarom zijn de vakorganisaties van oordeel dat het betrokken uitzendbedrijf een waarschuwing verdient en stellen zij bij eenparigheid voor om overeenkomstig artikel 11, § 2 van het Decreet van 13 april 1999 m.b.t. de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest, de erkenning van onbepaalde duur als uitzendbureau in het Vlaamse Gewest van de NV Actief Interim om te zetten in een erkenning van bepaalde duur voor 6 maanden.

Gedurende deze periode van aflopende erkenning zal het uitzendbureau de gelegenheid krijgen om structurele oplossingen uit te werken. Het uitzendbureau dient de vereiste procedures voor selectie en remediëring van discriminerende vragen en handelingen op punt te stellen, evenals te voorzien in een sluitende opvolgingsmethode ten einde voor de toekomst een effectieve en efficiënte diversiteitsaanpak te ontwikkelen.

Door de vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties in de Commissie worden de hiernavolgende overwegingen en standpunten geformuleerd:

De vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties zijn, na het aanhoren van de verklaringen van een vertegenwoordiger van het uitzendbedrijf tijdens de hoorzitting van heden, van oordeel dat er akte dient genomen te worden en dat er helemaal niets dient gewijzigd te worden aan de erkenning van het bedrijf.

Voor de vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties is het immers duidelijk dat de Pro Justitia, waarvan sprake, lichtvaardig werd opgesteld en dat er hoe dan ook geen enkel bewijs wordt aangebracht van enige vorm van directe of indirecte discriminatie. Ze gaan dan ook nadrukkelijk niet akkoord met de in de Pro Justitia vermelde inbreuken. In deze gaat het immers over diverse vermeldingen in het kandidatenregistratiesysteem. Het feit dat men zich vragen kan stellen bij de meerwaarde van sommige vermeldingen, betekent helemaal niet dat het betrokken uitzendbedrijf de wetgeving anti-discriminatie of evenredige participatie schendt. Deze vermeldingen dienen exclusief ter

herkenning van de betrokken kandidaat en niet om als selectie criterium te worden gebruikt. Het bewijs wordt overigens geleverd dat alle betrokken kandidaten ook daadwerkelijk als uitzendkracht hebben gewerkt. Het is voor de werkgeversvertegenwoordigers verder ook duidelijk dat de NV Actief in zijn bedrijfsvoering geen enkele vorm van discriminatie duldt en evenmin duldde in het verleden. Dit blijkt uit de uitvoerige anti-discriminatiegedragsregels die ook reeds voor de bewuste Pro Justitia door het bedrijf werden voorgeschreven en gecommuniceerd aan al haar medewerkers, ondermeer aan de hand van een geplastificeerde fiche.

De vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties zijn er, mede door de smetteloze reputatie van het betrokken uitzendbedrijf op dit vlak, van overtuigd dat een omzetting van de erkenning een niet gerechtvaardigde sanctie zou betekenen voor het bedrijf.

Bovendien zijn de vertegenwoordigers van de werkgeversorganisaties de mening toegedaan dat de sector in het algemeen en de NV Actief in het bijzonder, al voldoende signalen hebben gegeven dat zij eventuele individuele initiatieven tot discriminatie ten allen tijde streng aanpakken.

Naast de reeds bestaande waaier van actiemiddelen, werden op sectoraal vlak immers volgende, zeer doeltreffende, maatregelen genomen:

1. Het optimaliseren van de interne werking in de uitzendbureaus en meer in het bijzonder van de procedures om discriminerende vragen te bestrijden.

De individuele uitzendconsulenten hebben soms te maken met discriminerende (in de brede zin van het woord) aanvragen vanwege de klanten. Vaak zijn ze onvoldoende gewapend tegen zulke eisen. De uitzendconsulenten zijn in dergelijke gevallen verplicht een beroep te doen op één of meerdere personen binnen het uitzendbureau - aanspreekpunten - die gespecialiseerd zijn in het omgaan met dergelijke aanvragen.

2. Communicatie binnen de sector over klanten die discriminerende aanvragen formuleren. Op het niveau van de federatie werd een systeem opgezet van interne communicatie inzake discriminerende aanvragen van klanten. Dit systeem zorgt ervoor dat een klant niet probleemloos van het ene uitzendbedrijf naar het andere kan overstappen. Daardoor wordt de commerciële druk - het verliezen van een klant - opgevangen. De nodige communicatie ter zake heeft een versterkend effect.

3. Communicatie tussen de inspectiediensten van het Vlaamse Gewest en de ombudsdienst van Federgon.

De ombudsdienst van Federgon is bevoegd voor het behandelen van vragen en klachten van uitzendkrachten. De aangesloten uitzendbureaus zijn verplicht de adviezen van deze dienst na te leven. Procedures op collectief vlak zijn opgezet om de communicatie tussen de ombudsdienst van Federgon en de inspectiediensten van het Vlaamse Gewest te verbeteren.”

3.9. Bij aangetekend schrijven van 9 oktober 2009 voert de verzoekende partij verweermiddelen aan tegen het voornemen om een administratieve geldboete op te leggen.

3.10. Op 22 december 2009 beslist de Administrateur-Generaal van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie om de erkenning van de verzoekende partij om te zetten in een erkenning voor 6 maanden vanaf 22 december 2009. In die beslissing wordt eerst het advies van de adviescommissie geciteerd. Vervolgens worden volgende motieven vermeld:

“Overwegende dat de Inspectie voor Werk en Sociale Economie heeft vastgesteld dat de NV ACTIEF INTERIM inbreuken pleegde op het discriminatieverbod en derhalve in overtreding is met de erkenningsvoorwaarden opgenomen in artikel 5, 7/ en 17/ van het Decreet van 13 april 1999 betreffende de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest en met artikel 5, § 2, 1/ en 3/ van het Decreet van 8 mei 2002 houdende evenredige participatie op de arbeidsmarkt.

Overwegende dat de Inspectie voor Werk en Sociale Economie van mening is dat gelet op de niet-naleving van de erkenningsvoorwaarden er reden is tot toepassing van artikel 11 van het Decreet van 13 april 1999 betreffende de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest.

Overwegende dat in toepassing van artikel 11 § 2 van voormeld decreet private arbeidsbemiddeling de minister de lopende erkenning kan vervangen door een erkenning voor de duur van 6 maanden en dit op verzoek van een gewone meerderheid van de adviescommissie, hetzij op eenparig verzoek van de werkgevers vertegenwoordigers of de werknemersvertegenwoordigers in de adviescommissie.

Overwegende dat de werknemersvertegenwoordigers in toepassing van artikel 11 § 2 van het decreet private arbeidsbemiddeling unaniem adviseren om de erkenning van onbepaalde duur om te zetten naar een erkenning van 6 maanden, tijdens welke het bureau zal moeten aantonen dat de relevante regelgeving en met name dan deze op vlak van non-discriminatie op een correcte wijze wordt toegepast.

Overwegende dat mogelijke discriminerende niet arbeidsgerelateerde persoonsinformatie via het registratiesysteem door alle werknemers van de NV ACTIEF INTERIM kon geconsulteerd worden en als selectie criterium kon worden gebruikt.

Overwegende dat door een omzetting van de erkenning van onbepaalde duur naar een erkenning van 6 maanden het bureau effectief wordt aangespoord om bijkomend werk te maken van structurele oplossingen om discriminaties te vermijden en zonodig adequaat aan te pakken, zonder dat het haar activiteiten in het Vlaams Gewest moet staken.

Overwegende dat het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie de voortgang van de genomen bijkomende structurele maatregelen via een driemaandelijks rapportering door het bureau, kan opvolgen.

Overwegende dat de Inspectie Werk en Sociale Economie te allen tijde de stand van zaken met betrekking tot de ontwikkeling en uitvoering van de structurele oplossingen kan controleren.”

Dit is de bestreden beslissing. Zij wordt op 22 december 2009 aan de verzoekende partij meegedeeld, met de volgende injunctie:

“Overeenkomstig artikel 7, § 3, 3/ moet u tijdens de periode van zes maanden bewijzen dat u opnieuw voldoet aan de erkenningsvoorwaarden.

Tijdens deze zes maanden moet u bijkomend werk maken van structurele oplossingen om discriminaties te vermijden en zo nodig adequaat aan te pakken. De voortgang van de genomen bijkomende structurele maatregelen moet u via een driemaandelijkse rapportering aan ons meedelen.”

De beslissing wordt ook gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 13 januari 2010 en op de website van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie.

3.11. Op 23 december 2009 deelt het Departement Werk en Sociale Economie aan de raadsman van de verzoekende partij mee dat een administratieve geldboete wordt opgelegd van 400 euro.

IV. Onderzoek van de vordering

4. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

A. Ernst van het eerste middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij acht de bestreden beslissing strijdig met artikel 11, § 2, van het decreet van 13 april 1999 juncto artikel 5, § 2, 1/ en 3/, van het decreet van 8 mei 2002 en de artikelen 5, 7/ en 17/, van het decreet van 13 april 1999, alsmede met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, doordat artikel 11, § 2, van dat decreet de omzetting van de vergunning voor onbepaalde duur in een vergunning voor zes maanden mogelijk maakt wanneer het betrokken uitzendbureau de erkenningsvoorwaarden niet langer vervult en de verzoekende partij niet opgehouden heeft de erkenningsvoorwaarden te vervullen.

Er wordt haar verweten twee erkenningsvoorwaarden niet nageleefd te hebben, met name deze vermeld in artikel 5, 7/, en in artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999. Het gaat enerzijds om het niet-respecteren van de geldende wetgeving inzake evenredige participatie, die aan uitzendbureaus verbiedt in hun voorwaarden of de criteria inzake arbeidsbemiddeling te verwijzen naar of elementen op te nemen die kunnen leiden tot discriminatie -artikel 5, § 2, 1/, van het decreet van 8 mei 2002- en hen eveneens verbiedt aan personen de toegang tot de arbeidsbemiddeling te ontfangen of die toegang te belemmeren om redenen die expliciet of impliciet verband houden met factoren die discriminerend kunnen werken -artikel 5, § 2, 3/, van het decreet van 8 mei 2002-; anderzijds gaat het om het niet naleven van de gedragscode voor uitzendbureaus, verplicht gesteld door artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999.

Evenwel, artikel 5, § 2, 1/, van het decreet van 8 mei 2002 heeft zij niet overtreden, want zij heeft in haar voorwaarden of criteria inzake arbeidsbemiddeling niet verwezen naar het zogenaamd ras. De sporadische opname “in haar registratiesysteem”-in twaalf fiches op een totaal van bijna 200.000- van de vermelding “donker” in een vrij door de consulent in te vullen vak, bedoeld voor de eigen personeelsleden om zich de kandidaten te kunnen herinneren zoals andere uitzendkantoren een foto van de kandidaten opnemen in hun bestand, heeft niets vandoen met voorwaarden of criteria inzake arbeidsbemiddeling. Het staat ook buiten betwisting dat de verzoekende partij deze sporadische vermelding in de databank ook niet effectief als selectie criterium gebruikt heeft. De opname van de vermelding in de databank kan op zich geen inbreuk op de wet vormen, op gevaar af dit ook te zien in de vermelding van het geslacht en de geboortedatum van de kandidaten; de omstandigheid dat het gegeven als een “mogelijk” ongeoorloofd selectie criterium gehanteerd zou kunnen worden, vormt evenmin een inbreuk op de wet.

Ook artikel 5, § 2, 3/, van het decreet van 8 mei 2002 heeft zij niet overtreden want zij heeft, door de opname van de vermelding in haar bestand, niemand de toegang tot arbeidsbemiddeling ontfegd of belemmerd; dat dit mogelijks het geval had kunnen zijn kan niet als een inbreuk op de wet beschouwd worden. De betrokken kandidaten zijn overigens als uitzendkracht aan de slag gegaan en dit wordt niet betwist.

Ook artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999 heeft zij niet miskend, aangezien zij de uitzendkrachten die op haar diensten een beroep deden wel degelijk respectvol behandeld heeft zoals artikel 5 van de gedragscode dit vereist en de vermelding van de huidskleur van een uitzendkracht in de databank nooit bedoeld is als een uiting van gebrek aan respect. Zij heeft er als uitzendbureau steeds naar gestreefd en de nodige maatregelen getroffen om elke discriminatie uit te sluiten.

De verzoekende partij voegt daaraan toe dat de omstandigheid dat de verwerende partij de wettelijke bepalingen veel ruimer gaat interpreteren dan de decreetgever dat bedoelde, tot gevolg heeft dat de verzoekende partij geen duidelijk inzicht kan krijgen op de toepasselijke regelgeving en dat zij de gevolgen van al haar handelingen niet kan overzien. Dat maakt een schending uit van het rechtszekerheidsbeginsel.

6. De verwerende partij antwoordt dat de administrateur-generaal de feiten als een administratief rechtscollege beoordeeld heeft en besloten heeft dat de inbreuken de toepassing van artikel 11, § 2, van het decreet van 13 april 1999 verantwoorden; de Raad van State kan, als cassatierechter, de feiten niet in de plaats van het bestuur beoordelen. Zij voegt daaraan toe dat de bestuurder van de verzoekende partij de inbreuk op artikel 5, § 2, 1/, van het decreet van 8 mei 2002 nooit ontkend heeft, dat het vermelden van de huidskleur in de databank betrekking heeft op “een niet gerechtvaardigd onderscheid” dat rechtstreeks verbonden is met de kandidaten en dat de fiches met de betreffende vermelding als de basis voor de selectieprocedure dienen en vrij te consulteren zijn door de medewerkers. Het verbinden van een bepaalde eigenschap of criterium aan de fiche van de kandidaat en het feit dat die vermelding de positie van de kandidaat kan verzwakken impliceert automatisch een belemmering die de toegang van de kandidaat tot de arbeidsmarkt bemoeilijkt. De mogelijkheid van misbruik van de vermelding van de huidskleur volstaat om een inbreuk op de wet te genereren en is, als niet-arbeidsgerelateerd persoonskenmerk, verboden. Zij voegt daaraan toe dat de bestreden beslissing verwijst naar het eenparig advies van de werknemersorganisaties in de adviescommissie en dat zulks een afdoende motief inhoudt om de verwijzing naar de inbreuken te motiveren. Van de schending van het rechtszekerheidsbeginsel is geen sprake; de rechtsregels zijn duidelijk en zijn niet ruimer dan mogelijk geïnterpreteerd. Ieder uitzendbureau moet niet alleen op het ogenblik van de erkenning, maar op elk ogenblik van zijn werking aan de gestelde voorwaarden voldoen.

Beoordeling

7. De verwerende partij toont niet aan en uit de toepasselijke regelgeving kan, in acht genomen ook de irrelevantie van de gegevens die de verwerende partij ter beschikking van de Raad van State stelt, niet worden afgeleid dat de administrateur-generaal bij het treffen van een beslissing op grond van artikel 11 van het decreet van 13 april 1999 niet zou optreden in zijn hoedanigheid van gewoon orgaan van het actief bestuur maar als een administratief rechtscollege.

Er is geen reden om dat element van verweer te betrekken bij de onderhavige zaak, noch wat betreft de ontvankelijkheid van het beroep, noch wat de toezichtsbevoegdheid van de Raad van State betreft.

8. De verwerende partij heeft vastgesteld dat de informatie die de verzoekende partij bijhoudt omtrent de kandidaten die zich bij haar aandienen om als uitzendkracht tewerkgesteld te worden, in een aantal gevallen verwijst naar de donkere huidskleur van de betrokkenen. Dat gegeven is beschikbaar voor de consulenten die de tewerkstelling van de uitzendkrachten bewerkstelligen. Het is niet bewezen dat de vermelding in één van de gevallen aanleiding gegeven heeft tot een discriminerende behandeling van de betrokken kandidaten bij wie die notitie gemaakt is. Integendeel, de verwerende partij ontkent niet dat de betrokkenen allen tewerkgesteld zijn geworden. Maar volgens haar biedt die eenvoudige vermelding wel de mogelijkheid van misbruiken en volstaat zulks in het algemeen om tot een inbreuk op de decretale regels te besluiten.

9. Het decreet van 8 mei 2002 -artikel 5, § 2, 1/- verbiedt een uitzendbureau in de voorwaarden of de criteria inzake arbeidsbemiddeling een verwijzing op te nemen naar “een zogenaamd ras” en verbiedt hem ook in die voorwaarden en criteria “elementen op te nemen (...) die leiden tot discriminatie”. Artikel 5, § 2, 3/, van hetzelfde decreet verbiedt een uitzendbureau de toegang tot de arbeidsbemiddeling te onzeggen of te belemmeren wegens “expliciete of impliciete redenen die rechtstreeks of onrechtstreeks met (...) een zogenaamd ras (...) van de persoon in verband staan”. Beide verbodsbepalingen worden als zodanig door artikel 5, 7/, van het decreet van 13 april 1999 naar voren geschoven als een erkenningsvoorwaarde waaraan de uitzendbureaus moeten voldoen om erkend te worden en erkend te blijven.

Artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999 verplicht de uitzendbureaus, als een andere erkenningsvoorwaarde, om de gedragscode van de Vlaamse regering na te leven. Artikel 5, lid 1, van die gedragscode -opgenomen in het ministerieel besluit van 19 maart 2006 tot vaststelling van de gelijkwaardigheid van de gedragscode voor uitzendbureaus in het Vlaamse Gewest- verplicht de uitzendbureaus “zonder vorm van discriminatie (de uitzendkrachten) goed te onthalen, met respect te benaderen en professioneel te begeleiden”.

10. De voorschriften die volgens de verwerende partij overtreden zijn en de intrekking van de definitieve erkenning rechtvaardigden, werden in de regelgeving ingevoegd als strafrechtelijke beteugelde verbodsbepalingen. Zo wordt de overtreding van artikel 5, § 2, 1 / en 3/, van het decreet van 8 mei 2002 bestraft overeenkomstig artikel 11 van het decreet en wordt de overtreding van artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999 bestraft overeenkomstig artikel 19, 5/, van dat decreet. Aangezien het beginsel “nullum crimen sine lege”, neergelegd in artikel 12, tweede lid, van de Grondwet, geen extensieve interpretatie toelaat van de wettelijke bepalingen die de strafbare feiten omschrijven en aangezien de erkenningsvoorwaarden in dit geval specifiek betrekking hebben op het begaan van een strafbaar gesteld feit, moeten het artikel 5, § 2, 1/ en 3/, van het decreet van 8 mei 2002 en artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999 ook in het kader van de administratiefrechtelijke controle die te dezen aan de orde is, gelezen worden met de nauwkeurig omschreven draagwijdte die het strafrecht daaraan verbindt. De koppeling van de administratiefrechtelijke procedure aan de strafrechtelijke impliceert tevens dat er geen sprake kan zijn van de omkering van de bewijslast, als bepaald in artikel 14 van het decreet van 8 mei 2002.

11. In dit geval is tegen de verzoekende partij vastgesteld dat zij intern informatie beschikbaar heeft die aanleiding kan geven tot discriminatie. De vraag rijst derhalve of dat feit een misdrijf vormt dat door het decreet bestraft wordt.

12. Bij de beoordeling van dat gegeven stelt de Raad van State vast dat de strafrechtelijke procedure die tegen de verzoekende partij opgestart was niet uitgelopen is op een uitspraak van de strafrechter en dat hij bijgevolg niet gebonden is door het gezag van een strafvonnis. De omstandigheid dat de arbeidsauditeur aan het bestuur medegedeeld heeft dat volgens hem de feiten bewezen waren en de omstandigheid dat het bestuur vervolgens aan de verzoekende partij een administra-

tieve geldboete heeft opgelegd die blijkbaar door de verzoekende partij niet betwist is geworden heeft dat gezag niet.

13. Artikel 5, § 2, 1/, van het decreet van 8 mei 2002 heeft betrekking op het begaan van een discriminatie “in de voorwaarden of criteria inzake arbeidsbemiddeling”; in de onderhavige zaak is er geen sprake van dergelijk discriminerend handelen van de verzoekende partij. Artikel 5, § 2, 3/, van hetzelfde decreet heeft betrekking op het ontzeggen of belemmeren van de toegang tot de arbeidsbemiddeling; in de onderhavige zaak wordt in geen geval bewezen en er wordt ook niet betwist dat de beweerde discriminerende vermelding de toegang van de betrokkenen tot de arbeidsbemiddeling niet belet of gehinderd heeft. Artikel 5, 17/, van het decreet van 13 april 1999 verplicht de verzoekende partij om haar cliënten-werkzoekenden goed te onthalen en respectvol en correct te behandelen; het opnemen van een verwijzing naar de donkere huid van bepaalde personen in de databank die ter beschikking staat van de personeelsleden van de onderneming, is op zich geen inbreuk op die bepaling.

14. Een en ander doet de Raad van State, met de gegevens waarover hij thans beschikt, besluiten dat de verwerende partij met de aangehouden tenlastelegging geen bewijs levert van het bestaan van een misdrijf dat op het administratiefrechtelijk vlak aanleiding kan zijn om de erkenning van de verzoekende partij als uitzendbureau, wegens miskennis van de erkenningsvoorwaarden, met toepassing van artikel 11, § 2, van het decreet van 13 april 1999 om te zetten in een vergunning voor zes maanden.

Het middel is ernstig.

B. Moeilijk te herstellen ernstig nadeel

Standpunt van de partijen

15. De verzoekende partij zet uiteen dat haar erkenning nu afloopt op 21 juni 2010, dat zij haar bedrijvigheid niet meer zal kunnen voortzetten en dat enkel een schorsing de discontinuïteit in de bedrijfsvoering kan voorkomen. Door de bekendmaking van de bestreden beslissing is deze bij iedere geïnteresseerde - werkzoekende, personeelsleden, concurrenten- bekend en dat heeft negatieve

gevolgen voor haar reputatie. Haar imago wordt ook aangetast doordat zij ervoor bekeken wordt de anti-discriminatieregels niet na te leven.

16. De verwerende partij stelt dat de verzoekende partij geen nadeel van de bestreden beslissing hoeft te ondervinden omdat de bestreden beslissing niet verhindert dat zij haar activiteiten blijft uitoefenen en een nieuwe erkenning van onbepaalde duur kan verkrijgen. Zij voegt daaraan toe dat de imagoschade niet bewezen wordt en dat het nadeel, verbonden met de publicatie van de bestreden beslissing, zal verholpen worden door de publicatie van de nieuwe erkenning voor onbepaalde duur.

Beoordeling

17. Bij niet schorsing van het bestreden besluit loopt de erkenning van de verzoekende partij af en moet zij haar activiteit staken. De verwerende partij bewijst niet dat de onderneming op een andere activiteit kan terugvallen. In die zin vormt de gedwongen stopzetting een voor de hand liggend nadeel dat ernstig is en moeilijk te herstellen.

De stelling dat de verzoekende partij het nadeel kan voorkomen doordat zij de mogelijkheid heeft een nieuwe erkenning voor onbepaalde duur te verkrijgen kan de vaststelling van het bestaan van het nadeel niet tenietdoen, aangezien de verzoekende partij in het onderhavig geding precies betwist dat zij zich verkeerd gedragen heeft en zij zich, om voort te kunnen werken, precies zou moeten conformeren aan een in haar ogen onregelmatig bevel van het bestuur.

18. Het bestaan van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is aangetoond.

De voorwaarden voor het bevelen van de schorsing van de tenuitvoerlegging zijn vervuld.

BESLISSING

1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 22 december 2009 van het Vlaams Subsidieagentschap voor Werk en Sociale Economie waarbij de erkenning voor onbepaalde duur van de

nv Actief Interim als uitzendbureau vervangen wordt door een erkenning voor zes maanden vanaf 22 december 2009.

2. Dit arrest dient bij uittreksel te worden bekendgemaakt op dezelfde wijze als het geschorste besluit.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 juni 2010, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

André Vandendriessche