KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 48.142/1
VAN 11 MEI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 20 april 2010 door de Vlaamse minister van Financiën, Begroting, Werk, Ruimtelijke Ordening en Sport verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de private arbeidsbemiddeling", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond [1] alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe de regeling opgenomen in het decreet van 13 april 1999 met betrekking tot de private arbeidsbemiddeling in het Vlaamse Gewest te vervangen door een nieuwe regeling die in overeenstemming is met, enerzijds, verdrag nr. 181 betreffende particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling, aangenomen te Genève op 19 juni 1997 door de Internationale Arbeidsorganisatie (hierna: het IAO-verdrag nr. 181), en, anderzijds, richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (hierna: de dienstenrichtlijn). Het decreet van 13 april 1999 bevat thans een erkenningsregeling voor bureaus die diensten van private arbeidsbemiddeling verrichten en voor uitzendbureaus. Ter omzetting van de dienstenrichtlijn wordt de erkenningsregeling inzake private arbeidsbemiddeling afgeschaft terwijl die voor uitzendkantoren behouden blijft. Overeenkomstig artikel 2, lid 2, e), van de dienstenrichtlijn zijn uitzendactiviteiten uitgesloten van het toepassingsgebied van die richtlijn.

2. Hoofdstuk 1 van het ontwerp bevat een aantal definities en bepaalt het toepassingsgebied van de ontworpen regeling. De thans in het decreet van 13 april 1999 opgenomen definitie van uitzendactiviteiten wordt aangepast om misbruiken bij terbeschikkingstelling (of detachering) van werknemers effectiever tegen te kunnen gaan. Wat het toepassingsgebied betreft, worden ook het adverteren en reclame maken voor

---

(1) Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder rechtsgrond de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

arbeidsbemiddelingsactiviteiten onder de nieuwe regeling gebracht. Hoofdstuk 2 bepaalt de voorwaarden volgens welke diensten van private arbeidsbemiddeling mogen worden verricht. Hoofdstuk 3 bepaalt de voorwaarden inzake het verrichten van uitzendactiviteiten. Het bepaalt de voorwaarden tot erkenning alsook de erkenningsprocedure, en regelt de intrekking of de omzetting van de erkenning en de oprichting van een adviescommissie voor private arbeidsbemiddeling. Hoofdstuk 4 heeft betrekking op de klachtenprocedure, die door de Vlaamse Regering bepaald zal worden. Hoofdstuk 5 regelt het toezicht op de regeling en bepaalt de sancties. Hoofdstuk 6 bevat wijzigingsbepalingen. Hoofdstuk 7, ten slotte, bevat slotbepalingen.

VORMVEREISTEN

1. Overeenkomstig artikel 11, § 2, 1/, van het decreet van 7 mei 2004 inzake de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen verzoekt de Vlaamse Regering de Raad om sociaal-economisch overleg te plegen over alle voorontwerpen van decreet die een sociaal-economische dimensie hebben, uitgezonderd de voorontwerpen van decreet betreffende de begrotingen en de voorontwerpen van decreet die aan de Raad worden voorgelegd overeenkomstig artikel 20 van dat decreet. Het voorliggende ontwerp heeft een sociaal-economische dimensie. Uit de bij de adviesaanvraag gevoegde stukken kan niet worden afgeleid dat een dergelijk overleg reeds heeft plaats gehad. De Vlaamse Regering zal alsnog het vormvereiste, bedoeld in artikel 11, § 2, 1/, van het decreet van 7 mei 2004, dienen na te leven. Mocht het ontwerpdecreet ten gevolge daarvan nog wijzigingen ondergaan, dan zullen de gewijzigde bepalingen opnieuw om advies dienen voorgelegd te worden aan de Raad van State, afdeling Wetgeving.

2. Eén van de oogmerken van het voorliggende ontwerp is de regeling van de private arbeidsbemiddeling in overeenstemming te brengen met het IAO-verdrag nr. 181. Artikel 3 van dat verdrag bepaalt dat de juridische status van de particuliere arbeidsbureaus wordt bepaald in overeenstemming met de nationale wetgeving en praktijk en na raadpleging van de meest representatieve organisaties van werkgevers en werknemers. Artikel 7 van dat verdrag bepaalt dat particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling aan werknemers geen honorarium of andere kosten, direct of indirect, geheel of gedeeltelijk, kunnen aanrekenen en dat in het belang van de betrokken

werknemers, en na raadpleging van de meest representatieve organisaties van werkgevers en werknemers, de bevoegde autoriteit uitzonderingen kan toestaan op deze regel met betrekking tot bepaalde categorieën van werknemers en specifieke door de particuliere arbeidsbureaus geleverde diensten. Een advies van de SERV kan wat dat betreft volstaan, vermits artikel 3, § 1, eerste lid, van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt dat "binnen de Raad (...) er sociaal-economisch overleg plaats (vindt) tussen de representatieve organisaties van de werknemers, de werkgevers, de middenstand en de landbouw", zodat op die wijze aan het specifiek raadplegingsvereiste bedoeld in artikel 7 van het verdrag wordt voldaan.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

1. Overeenstemming met de dienstenrichtlijn

Niettegenstaande het afschaffen van de thans in het decreet van 13 april 1999 voorziene erkenningsregeling voor bureaus die diensten van private arbeidsbemiddeling verrichten, als het in overeenstemming brengen van de betrokken regelgeving met de dienstenrichtlijn kan worden beschouwd, dient vastgesteld te worden dat de uitoefening van die diensten, ongeacht de plaats van vestiging van de dienstverlener, alsnog aan tal van voorwaarden wordt onderworpen (artikel 4 van het ontwerp). Artikel 16, lid 3, van de dienstenrichtlijn bepaalt weliswaar dat eisen aan het verrichten van een dienstenactiviteit kunnen worden gesteld als deze gerechtvaardigd zijn om redenen in verband met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het leefmilieu, doch het is zeer de vraag of alle in artikel 4 van het ontwerp opgenomen eisen aan die voorwaarde voldoen. Een verantwoording in dat opzicht ontbreekt in de memorie van toelichting. In dat verband dient wel te worden vastgesteld dat het merendeel van die eisen de bescherming van werknemers en werkzoekenden tegen mogelijke misbruiken tot doel hebben, waardoor deze gerechtvaardigd kunnen worden geacht in het licht van de verplichtingen die voortvloeien uit het IAO-verdrag nr. 181. Sommige van die eisen lijken evenwel enkel aan te sluiten bij de Belgische juridische realiteit en daarom moeilijk toepasbaar te zijn op dienstverleners die gevestigd zijn in een andere lidstaat van de Europese Unie of

daarbuiten. Dat is bijvoorbeeld het geval voor de voorwaarden opgenomen in artikel 4, 1/, tweede zin, 3/, en 4/, b), van het ontwerp. Vraag is dan ook of op die wijze niet een verschil in behandeling ontstaat tussen dienstverleners naargelang de plaats van vestiging. Dat mogelijke verschil in behandeling zal verantwoord moeten kunnen worden in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

2. Overeenstemming met het IAO-verdrag nr. 181

Artikel 3, lid 2, van het IAO-verdrag nr. 181 bepaalt dat elk Lid volgens een vergunningen- of certificeringssysteem de voorwaarden vaststelt waaronder particuliere bureaus voor arbeidsbemiddeling hun werkzaamheden uitoefenen, tenzij deze voorwaarden krachtens de desbetreffende nationale wetgeving en praktijk op een andere wijze zijn geregeld of vastgesteld. Hoewel het afschaffen van de erkenningsregeling voor bureaus die diensten van private arbeidsbemiddeling verrichten geacht kan worden in overeenstemming te zijn met de afwijkingsmogelijkheid waarin door het IAO-verdrag nr. 181 in voornoemd artikel 3, lid 2, wordt voorzien, dient er in elk geval voor gewaakt te worden dat de door dat verdrag aan werknemers en werkzoekenden verleende rechten en bescherming op een gelijkwaardige wijze worden gewaarborgd. Het ontwerp verbindt aan het niet naleven van de in artikel 4 opgenomen voorwaarden enkel nog het opleggen van een straf- of administratieve sanctie. Het staat aan de decreetgever om aan te tonen dat op die wijze geen afbreuk wordt gedaan aan het door het IAO-verdrag nr. 181 vereiste beschermingsniveau.

3. Gelijkheidsbeginsel

Overeenkomstig artikel 11, § 2, tweede lid, van het ontwerp wordt een erkenning van bepaalde duur na afloop omgezet in een erkenning van onbepaalde duur. Artikel 11, § 2, derde lid, voorziet echter in een uitzondering als het uitzendbureau niet aan de erkenningsvoorwaarden voldoet.

Overeenkomstig artikel 36 van het ontwerp wordt de erkenning die voor een duur van minimaal één jaar werd verleend aan een uitzendbureau overeenkomstig het decreet van 13 april 1999, omgezet in een erkenning van onbepaalde duur, derhalve

zonder het voorzien in een uitzondering voor het geval niet aan de erkenningsvoorwaarden wordt voldaan.

Voor de ongelijke behandeling die uit deze regeling voortvloeit, dient een verantwoording voorhanden te zijn in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

4. Delegatie van verordenende bevoegdheid

Het ontwerp bevat tal van delegaties van verordenende bevoegdheid aan de Vlaamse Regering. In sommige gevallen hebben deze delegaties betrekking op essentiële beleidskeuzes, die in beginsel door de decreetgever zelf dienen te worden gemaakt, en zijn deze bijgevolg te ruim. Dat is het geval voor:

- artikel 4, 16/: "het bureau onderschrijft de gedragscode die door de Vlaamse Regering wordt bepaald na het advies van de SERV en leeft die gedragscode na";

- artikel 4, 18/: "het bureau voldoet aan de criteria inzake kwaliteit en deskundigheid die door de Vlaamse Regering worden bepaald in functie van de aard van de verrichte diensten";

- artikel 6: "De Vlaamse Regering bepaalt, na het advies van de SERV, de voorwaarden en de modaliteiten (lees: nadere regels) inzake samenwerking tussen private en publieke arbeidsbureaus";

- artikel 7: "De Vlaamse Regering kan bepalen onder welke voorwaarden het bureau voor zijn private arbeidsbemiddeling ten laste van de opdrachtgever recht heeft op een ereloon, een commissieloon, bijdragen, toelatings- of inschrijvingsgeld";

- artikel 8, § 3: "De Vlaamse Regering bepaalt voor welke sectoren een afzonderlijke erkenning als uitzendbureau vereist is";

- Artikel 11, § 2, laatste lid: "Voor de hernieuwing, intrekking en vervanging van de erkenning van bepaalde duur, kan de Vlaamse Regering, na het advies van de SERV, nadere regels bepalen";

- artikel 19, § 1, derde lid: "De Vlaamse Regering kan, na het advies van de SERV, de opdrachten van de adviescommissie uitbreiden";

- artikel 20: "De Vlaamse Regering bepaalt, na het advies van de SERV, een klachtenprocedure".

Overeenkomstig de beginselen die de verhouding regelen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, dienen de essentiële bestanddelen van de aangelegenheden waaraan hiervoor wordt gerefereerd door de decreetgever zelf te worden vastgesteld. Het ontwerp dient bijgevolg op dat punt te worden aangevuld.

5. Legaliteitsbeginsel in strafzaken

Het legaliteitsbeginsel in strafzaken, dat gewaarborgd wordt door artikel 14 van de Grondwet, vereist dat een strafbepaling op zichzelf of in context met andere bepalingen gelezen op precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging omschrijft; aan die omschrijving is voldaan wanneer het voor hen op wie de strafbepaling toepasselijk is - waarbij rekening mag worden gehouden met de bijzondere hoedanigheid of functie van deze personen - mogelijk is om op grond ervan de feiten en nalatigheden te kennen die hun strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen zelfs als de nadere omschrijving hiervan wordt overgelaten aan de rechter [2]. Een aantal strafbepalingen zijn te vaag geformuleerd en zijn om die reden niet in overeenstemming met het legaliteitsbeginsel. Dat is bijvoorbeeld het geval voor artikel 23, 7/, c) ("herhaaldelijk of op ernstige wijze in overtreding zijn geweest"), en artikel 23, 8/ ("niet voldoen aan de verplichtingen die de sociale en fiscale wetgeving opleggen"). Het verdient aanbeveling de in het ontwerp opgenomen strafbepalingen in dat opzicht aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

---

(2) Cass. 25 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1212.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2

De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of in artikel 2, 1/, a), van het ontwerp niet best uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van outplacementactiviteiten, nu enkel uit de toelichting bij het ontwerp kan worden afgeleid dat het ontwerp ook deze activiteiten viseert.

Artikel 4

Bij het bepalen van de voorwaarden waaraan het bureau voor private arbeidsbemiddeling dient te voldoen, wordt best een onderscheid gemaakt tussen de voorwaarden waaraan het bureau vanaf de oprichting dient te voldoen en de voorwaarden waaraan het bureau dient te voldoen bij de uitoefening van zijn activiteiten en in zijn relatie tot de werknemer of de werkzoekende. Het verdient aanbeveling artikel 4 van het ontwerp in dat opzicht op te splitsen in meerdere artikelen.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor artikel 8 van het ontwerp.

Artikelen 11, 13 en 15

In de artikelen 11, 13 en 15 van het ontwerp wordt het horen van het uitzendbureau telkens op een verschillende manier geregeld. Zo gebeurt het horen ofwel door de adviescommissie (artikel 11), ofwel door de Vlaamse Regering (artikelen 13 en 15) en wordt enkel in artikel 13 aan de Vlaamse Regering bevoegdheid verleend om de hoorprocedure te bepalen. Aangezien het evenwel in de artikelen 11, 13 en 15 telkens om beslissingen gaat die de bestuurde ernstig in zijn belangen kunnen schaden, dient de overheid die de beslissing neemt (de Vlaamse Regering) in de drie gevallen zelf over te gaan tot het horen van het betrokken uitzendbureau. Artikel 11, § 2, vierde lid, van het ontwerp dient in dat opzicht te worden aangepast. Voorts lijkt het logisch dat de hoorprocedure die zal worden vastgesteld ter uitvoering van artikel 13, derde lid, van het

ontwerp ook geldt voor de gevallen bedoeld in de artikelen 11 en 15 van het ontwerp. Een bepaling in die zin dient in het ontwerp te worden opgenomen.

Artikel 13

De voorwaarde voor intrekking van de erkenning opgenomen in artikel 13, 2/, van het ontwerp lijkt enkel te kunnen gelden ten aanzien van de aanvrager en de verantwoordelijken van het bureau die onder het Belgische strafrecht vallen. Vraag is of ten aanzien van diegenen die niet onder het Belgische strafrecht vallen niet in een bepaling moet worden voorzien waardoor ook bij veroordeling voor gelijkaardige gevallen op grond van het strafrecht van een andere Staat de erkenning kan worden ingetrokken.

Artikel 19

1. Voor de duidelijkheid is het wenselijk in artikel 19, § 2, 2/, van het ontwerp uitdrukkelijk te bepalen dat het gaat om de representatieve werkgevers- en werknemersorganisaties die zetelen in de SERV.

2. Vraag is of in artikel 19, § 4, van het ontwerp niet best wordt bepaald dat de adviescommissie op de hoogte wordt gebracht van alle vastgestelde overtredingen en niet enkel van die welke aanleiding kunnen geven tot weigering of intrekking van een erkenning. Op die wijze wordt vermeden dat de Afdeling Inspectie Werk en Sociale Economie van het Departement Werk en Sociale Economie een eigen seponeringsbeleid zou voeren, wat op grond van de thans ontworpen bepaling mogelijk is.

Artikel 23

Artikel 23, 7/, van het ontwerp stemt niet geheel overeen met artikel 4, 4/, van het ontwerp, waarvan het de sanctionering beoogt. Zo is aan het begin van de inleidende zin van artikel 4, 4/, geen sprake van "het bureau", en geldt het verbod bedoeld in artikel 4, 4/, e), ook "tijdens een periode van vijf jaar, voor de aanvang of gedurende

de uitoefening van diensten". Artikel 23, 7/, dient in die zin te worden aangepast. Bovendien dient aan het einde van de inleidende zin van artikel 23, 7/, van het ontwerp te worden geschreven "..., in zoverre zij in de feiten de bevoegdheden van bestuurder uitoefenen, die diensten van private arbeidsbemiddeling verrichten en die:".

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor het ontworpen artikel 13, § 2, 7/, 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 (artikel 30 van het ontwerp).

Artikel 30

In het ontworpen artikel 13, § 2, 15/, van het decreet van 30 april 2004 dient te worden gerefereerd aan "het decreet van ... betreffende de private arbeidsbemiddeling" en niet aan "dit decreet".

Artikel 35

Artikel 35, dat bepaalt dat het ontwerp de omzetting beoogt van de dienstenrichtlijn, dient vooraan in het ontwerp, na artikel 1, te worden opgenomen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. N. VAN LEUVEN, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A. BECKERS M. VAN DAMME