

Het evaluatierapport bekeken door een advocaat (leidraad bij tussenkomst op het Colloquium van 26 februari 2016).

1. Mijn tussenkomst bekijkt het evaluatierapport door de ogen van “een advocaat” (in eigen naam). Ik heb het genoeg om het Centrum sinds enkele jaren bij te staan en te vertegenwoordigen in een aantal zaken in het domein van de arbeidsbetrekkingen. Een aantal van die tussenkomsten eindigden met een minnelijke regeling ; andere kwamen uiteindelijk voor de rechtbank : steeds de arbeidrechtbank (soms de voorzitter in het kader van een stakingsvordering, soms de arbeidsrechtbank “tout court” in een procedure ten gronde). Doorgaans ging het om (kandidaat-)werknemers; bij de laatste procedures zijn er ook zelfstandigen.

2. Ik heb het evaluatierapport met zeer veel interesse gelezen, enerzijds omdat het naar een aantal dossiers verwijst waar ikzelf in ben opgetreden, maar evenzeer omdat het inzicht geeft in heel wat andere zaken. Ik heb drie punten geselecteerd waar ik wat verder wil op ingaan; ik zal dan afsluiten met een terminologische bedenking¹.

3. **Commentaar 1** de antidiscriminatiewet en de antiracismewet bevatten een procedure zoals in kortgeding die kan leiden tot de vaststelling van de verboden discriminatie met bevel tot staking, een forfaitaire schadevergoeding voor het slachtoffer, een dwangsom en openbaarmaking van de uitspraak. De discriminaties die het voorwerp waren van de dossiers waar ik in optrad hadden betrekking op niet-aanwerving en ontslag op grond van een verboden criterium. Bedoeling van de staking is de discriminerende daad te doen ophouden, zodat idealiter het slachtoffer voort kan meedoen in de aanwervingsprocedure of de gevolgen van het ontslag niet langer moet ondergaan. Behoudens in één geval (overheidsadministratie die het slachtoffer dan toch verder heeft toegelaten in de selectieprocedure), is in geen enkel geval het slachtoffer via de stakingsprocedure toch aangeworven of toch niet ontslagen. In feite leiden de juridische “stakingen”procedures qua gevolgen voor het slachtoffer eigenlijk hoogstens tot een erkenning van de discriminatie met een forfaitaire schadevergoeding. Hoe komt dat?

¹ Tijdens het Colloquium van 26 februari 2016 ben ik wegens tijdsgebrek enkel op mijn twee eerste commentaren kunnen ingaan.

- a. Tegen de tijd dat de zaak voorkomt, is de discriminatoire beslissing of handeling doorgaans al enkele jaren achter de rug. De procedure zelf “als in kortgeding” met enkele conclusieronden voor alle partijen, duurt inderdaad lang. In het rapport wordt voorgesteld om hierop termijnen te zetten. Ik heb hier volgende bedenkingen bij: (1) het feit dat het lang duurt vooraleer er een uitspraak is, heeft niet alleen te maken met de juridische procedure, maar minstens evenzeer met het voortraject: het slachtoffer gaat niet onmiddellijk naar het centrum, bij klacht is er –uiteraard- het onderzoek door het centrum zelf en de pogingen om tot een minnelijke regeling te komen: ook dit duurt zeer lang! (2) De tegenpartij heeft ook niet veel incentive om snel te gaan. De basisvoorwaarden² die het centrum stelt om tot een regeling over te gaan, zijn ook, vanuit de tegenpartij bekeken, zeer principieel (ter vgl bij gewone minnelijke regelingen laat men meestal in het midden wie en of er nu een fout is gebeurd), wat een (snelle) regeling wellicht niet bevordert (3) Ook is het bemiddelingstraject niet vertrouwelijk, wat het tot stand komen van een regeling evenmin vergemakkelijkt. (4) Het feit dat verjaringstermijnen nu met een eenvoudige “advocatenbrief” kunnen worden gestuit, zal op deze bemiddelingsfase mogelijk nog een vertragend effect hebben.

Kortom, hoe positief de fase van minnelijke regeling ook als concept is, ze biedt de tegenpartij alle mogelijkheden om vertragend te handelen, en aldus de aanvang van een eventuele juridische procedure uit te stellen, tot op een moment dat een “stakingsvordering” dan eigenlijk alle relevantie heeft verloren en de facto nooit een herstellend effect “in natura” kan hebben naar het slachtoffer toe. Bovendien verliest een stakingsprocedure aan “sérieux” naar de stakingsrechter toe als er om staking gevraagd wordt van een discriminerende handeling die 1 of 2 of meer jaar voordien heeft plaatsgevonden. Om die reden is dan soms al geopteerd om niet te gaan voor een stakingsvordering, maar wel voor een gewone vordering tot vaststelling van de discriminatie met schadevergoeding voor het slachtoffer, waarbij het centrum dan naast het slachtoffer optreedt.

² Erkenning fout/discriminatie; herstel 3m brutoloon; structurele preventiemaatregel.

Dus: een “snel” tijdsschema voor de stakingsvordering heeft alleen maar zin wanneer er ook een tijdsschema voor de bemiddelingsfase wordt voorzien.

- b. “Staking” van de discriminatie is dus in feite herleid³ tot “**gevaar voor herhaling**”verhinderen, waarbij dit voor het slachtoffer vertaald wordt naar gevaar voor persoonlijke herhaling, en voor het centrum gevaar voor herhaling met eventuele andere slachtoffers. Dit betekent dus ook dat dit herhalingsgevaar moet aangetoond worden. De staking vloeit dus niet automatisch voort uit de vaststelling dat er discriminatie is geweest. Als de discriminatie op het ogenblik van de indiening van de vordering nog voortduurt, zal het herhalingsgevaar normaal voor de hand liggend zijn. Wanneer de discriminatie is voltrokken en geeindigd is dit niet altijd het geval. Voor het slachtoffer dat niet is aangeworven of is ontslagen, dus niet (meer) in het bedrijf aanwezig is en vaak ook helemaal geen zin heeft om (nog) in het bedrijf te werken, is dit herhalingsgevaar in realiteit vaak artificieel. Ook voor het centrum is het herhalingsgevaar niet steeds zo evident omwille van de bijzondere elementen van het dossier (vrees voor herhaling objectief uitgesloten).

Dan duikt er potentieel het volgende probleem op: artikel 20 van de antidiscriminatiewet lijkt de vaststelling van de discriminatie en de staking met mekaar te koppelen: als de rechter de discriminatie vaststelt en daar in een adem de staking aan vastkoppelt zelfs al is deze in dat geval eerder artificieel, dan is er geen echt probleem voor het slachtoffer; het omgekeerde wordt wel een probleem, nl. als de rechter uit het gebrek aan herhalingsgevaar afleidt dat er geen staking kan worden toegekend en dat er dan ook geen discriminatie moet worden vastgesteld, met een onontvankelijke vordering tot gevolg voor het centrum. Voor het slachtoffer heeft deze redenering er al toe geleid dat er ook geen schadevergoeding wordt toegekend (weze het niet steeds). In onze lezing (maar ook in de parlementaire voorbereiding) zijn de

³ Zolang er niet fundamenteel in vraag wordt gesteld of de handeling van de werkgever om niet aan te werven met een stakingsvordering omgevormd kan worden tot een positieve handeling die leidt tot de indiensttreding van de werknemer ; idem bij ontslag : op vandaag wordt niet fundamenteel in vraag gesteld dat een stakingsvordering een voltrokken ontslag niet kan “schorsen”. Wat m.i. wel zou moeten kunnen is een lopende opzeggingstermijn door een stakingsvordering “staken” zodat deze geen verdere uitwerking heeft : in dat geval komt de arbeidsovereenkomst dan niet tot een einde op basis van de gegeven opzegging.

vaststelling van de niet –discriminatie en de staking niet onverbrekelijk met mekaar verbonden (hoewel ze voor de stakingsrechter beide gevraagd moeten worden): de stakingsrechter kan de niet-discriminatie vaststellen zonder de staking toe te kennen (ongegegrondheid van de vordering tot staking), en de schadevergoeding aan het slachtoffer toekennen.

Moet de wet verduidelijkt worden om de onontvankelijkheid van de vordering in afwezigheid van herhalingsgevaar te vermijden ? Daar valt wel iets voor te zeggen (zeer frustrerend voor slachtoffer die de stakingsvordering afgewezen ziet, die dan potentieel ook nog moet herbeginnen voor de gewone rechtbanken), hoewel het in de grond natuurlijk wel een eerder speciale “spoed”procedure voor de stakingsrechter blijft : hoe kan deze bijzondere procedure verantwoord worden als er geen noodzaak aan staking is ? Volstaat dan een gewone procedure tot vaststelling van de discriminatie en schadevergoeding niet ? (die duurt misschien dan langer, maar waarom zou deze dan sneller moeten gaan dan andere vorderingen voor schadevergoeding?).

- c. KORTOM : mijn suggestie : bij een klacht zeer snel evalueren of een stakingsvordering effectief iets kan uithalen voor het slachtoffer of voor andere potentiële slachtoffers (bv. lopende aanwervingsprocedures, herstructurering die pas aanvangt of nog bezig is waar discriminerende criteria voor ontslag worden aangewend, of situaties met duidelijke publiciteit van discriminerend beleid, vb. dossier Feryn) : zo ja, zeer korte bemiddelingsprocedure met stok achter de deur van stakingsvordering, waar dan aan de voorzitter zeer korte termijnen worden gevraagd omwille van precies het effectieve gevaar voor voortdurende discriminatie. Dit zou ook de mogelijkheid bieden om te proberen om aan stakingsvorderingen een effectieve uitwerking te geven (bv. door “staking” van een lopende opzeggingstermijn).

Voor de dossiers waar de staking enkel een eerder een theoretisch voordeel zou opleveren, de gewone procedure tot vaststelling van de discriminatie en schadevergoeding toepassen.

4. **Commentaar 2** : het rapport maakt er allusie op : de procedurele debatten voor de rechtbanken. Het is opvallend dat in de meer recente procedures een ontegenzeggelijk deel van de tijd en energie moet worden gestoken in de procedurele aspecten van de zaak. Veel tegenpartijen zien het centrum niet graag verschijnen aan de zijde van het slachtoffer voor de rechtbank. Ik durf niet te zeggen of het centrum in alle gerechten welgekomen is. Feit is dat de rol die het centrum op zich neemt, regelrecht ingaat tegen enkele basisprincipes die er bij de meeste juristen ingedramd zijn sinds de universiteit. O.a. “nul ne plaide par procureur” ; het algemeen belang wordt verdedigd door het O.M. (en niet door anderen).

Dat het centrum in de stakingsvordering kan optreden, kan moeilijk in twijfel worden getrokken : de antidiscriminatiewet en de antiracismewet regelen dat bijzonder expliciet. Wanneer, in een procedure voor de bodemrechter waarin het slachtoffer de vaststelling van de discriminatie en schadevergoeding vordert, het centrum naast het slachtoffer optreedt met een bewarende tussenkomst (vaststelling van discriminatie, genoegdoening van het slachtoffer, gemeen verklaring), dan stellen we vast dat er ineens fundamentele vragen worden gesteld naar de rol die het centrum daar speelt en of het überhaupt wel een rol te spelen heeft. Nochtans bepalen zowel het samenwerkingsakkoord van 12 juni 2013 als de antidiscriminatiewet als de antiracismewet dat het centrum, binnen zijn wettelijke opdracht, in rechte kan optreden in alle geschillen waartoe deze wetten aanleiding geven. Geschillen voor de burgerlijke rechtbanken waartoe discriminatie omschreven in een van vernoemde wetten aanleiding kan geven, vallen o.i. zonder enige twijfel hieronder en bijgevolg moet het centrum kunnen optreden. De enige ontvankelijkheidsvoorwaarde die de respectieve wetten stellen is de toestemming van het slachtoffer (als dit bekend is). Nochtans is er dus rechtspraak die een andere visie toegedaan is, op grond van een zeer restrictieve interpretatie van voornoemde wetten (het centrum zou enkel ontvankelijk kunnen optreden in specifiek in die wetten geregelde vorderingen en waar het Centrum uitdrukkelijk als titularis van het vorderingsrecht vermeld wordt, bijvoorbeeld artikel 19 en 20 van de Antidiscriminatiewet). Dit is een tendens om zeker nauwgezet in het oog te houden, tot in de hoogste gerechten te bestrijden en mocht deze negatieve tendens bevestigd worden, zal wetgevend ingrijpen aangewezen zijn.

5. **Commentaar 3** : de antidiscriminatiebepalingen zorgen voor heel wat onzekerheid in het domein van de arbeidsbetrekkingen. Dit is niet zo abnormaal : het gaat om “jonge” wetten en dus ook “jonge” rechtspraak. Ook houden de antidiscriminatiewetten misschien niet steeds voldoende rekening met de bijzonderheden van de arbeidsbetrekkingen. Laat ons ook niet vergeten dat in het domein van de arbeidsbetrekkingen ook de werkgever zich kan beroepen op grondrechten en dat ook hij gerechtvaardigde bekommernissen heeft. Ruimte voor botsingen dus. Enkele voorbeelden :

- a. Gezondheidstoestand: wat als die gezondheidstoestand leidt tot afwezigheden wegens arbeidsongeschiktheid en de werking van de onderneming⁴ bemoeilijkt?
- b. Legitieme doelen van sociaal beleid bij leeftijdsdiscriminatie: wat juist? kostenoverwegingen zijn vaak gekoppeld aan leeftijd (direct of indirect via anciënniteit);
- c. Wat in de fase van het tegenbewijs met subjectieve elementen bij niet-aanwerving die niet (noodzakelijk) discriminerend zijn maar moeilijk meetbaar zijn of te objectiveren (of toch niet door diegene die de beslissing neemt) en dus misschien niet als tegenbewijs kunnen worden gebruikt?
- d. Restrictieve rechtvaardigingsgrond van de wezenlijke en bepalende beroepsvereisten, en verplichting om redelijke aanpassingen te treffen ten aanzien van personen met een handicap (o.m., maar niet alleen, bij de arbeidsbetrekkingen): hoever gaat dit en hoe subjectief mag dit worden beoordeeld;
- e. De forfaitaire schadevergoeding bij niet-aanwerving van een zelfstandige : 6-maand /3-maand “bruto-beloning” : wat? En wat wanneer de zelfstandige via een vennootschap zou werken? In dezelfde aard, zij het iets minder

⁴ Lange termijn aspect dat er in andere domeinen, zoals bijvoorbeeld toegang tot diensten, niet is.

problematisch: sollicitanten, wanneer de onderneming weigert loongegevens te verstrekken.

In het algemeen verwacht ik een verdere toename van de betwistingen inzake arbeidsbetrekkingen gebaseerd op antidiscriminatiebepalingen, als afzonderlijk contentieux, of als contentieux gevoegd bij bv. kennelijk onredelijk ontslag. De ingeroepen discriminaties kunnen dan zowel deze zijn uit de diverse specifieke wetten of het algemeen gelijkheidsbeginsel zoals dit mogelijk doorwerkt via artikel 1382 of 1134 B.W. in private betrekkingen.

6. **Tenslotte een terminologisch slotbemerking** : het lijkt me essentieel dat in het rapport enkel eenduidige begrippen gebruikt worden en dat begrippen die aanleiding kunnen geven tot misverstanden worden vermeden. Bij sommige definities die in het rapport worden gebruikt is het niet meer duidelijk is of enkel het viseren van mensen achter de overtuigingen wordt gevisieerd, of ook de overtuigingen zelf niet meer zouden mogen worden bekritiseerd.

Verschillende keren worden in het ontwerprapport termen gebruikt als islamofobie, antisemitisme of homofobie bv die op dezelfde hoogte worden geplaatst. Wanneer dan wordt gepleit om het verspreiden van “islamofobe” denkbeelden of het behoren tot een “islamofobe” groep strafbaar te maken, net zoals het verspreiden van racistische denkbeelden dat al zijn of het behoren tot een “racistische” groep, dan wordt het bijzonder belangrijk om de juiste terminologie te gebruiken. Definities van woorden met -fobie of -isme aan het einde, zijn immers op zich al niet eenduidig voor de betekenis die aan deze toevoeging moet worden gehecht (vrees). Het eerste deel van het woord kan de verwarring dan alleen nog mogelijk doen toenemen.

Het is in deze heel belangrijk om erop te wijzen (en daar wordt in dit rapport ook meermaals op gewezen) dat de vrije meningsuiting een basisrecht is, waardoor op elke vrije mening, en ook op elke overtuiging kritiek, zelfs zeer krachtige kritiek of tegenspraak mag worden geuit. Zo is er bv. communisme, anticommunisme, en waarom niet een communismefobie, idem voor socialisme, liberalisme, katholicisme, vrijzinnig humanisme, etc. Er mag geen misverstand rond bestaan dat kritiek, krachtige tegenspraak tegen al deze visies en overtuigingen toegelaten is. Het wordt anders wanneer het geen tegenspraak is op de zienswijze of de overtuiging, maar op de mens erachter : of anders

gezegd : er wordt niet meer op de bal gespeeld, maar wel op de man/vrouw en de tegenspraak wordt een haatdiscours t.a.v. de mens. Bijvoorbeeld : een communismefobie lijkt me geen probleem ; een communistenhaat wel⁵. Een “fobie” (vrees) t.a.v. een overtuiging, waarom niet ? ; een fobie in de zin van haat tegen of discriminatie van de mens achter de overtuiging is wel een probleem. Het kan zijn dat voor sommige mensen een kritiek op hun ideeën goed of overtuiging hen ook persoonlijk zeer diep raakt omdat de overtuiging a.h.w. hun identiteit bepaalt, maar dit “gevoel” betekent daarom niet dat de kritiek op “de bal” blijk geeft van haat t.o.v. de man/vrouw achter de visie.

Om spraakverwarringen te vermijden lijkt het mij aldus aangewezen om qua terminologie systematisch en uitsluitend te opteren voor eenduidige begrippen waaruit heel duidelijk blijkt wat de wetgeving en het centrum precies willen bestrijden en begrippen te vermijden die meer omvatten dan wat de wetgeving en het centrum willen/kunnen/mogen bestrijden. Deze begrippen bestaan : bv. jodenhaat, homohaar, islamietenhaat . Het is aangewezen om deze te gebruiken. Waar dan naast het spelen op “de man/vrouw” ook het spelen van “de bal” niet toegelaten is (bv. negationisme), dan wordt dit ook best terminologisch zorgvuldig gepreciseerd.

Véronique Pertry
advocaat
27 november 2015