

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

25 janvier 2022

PROJET DE LOI

**modifiant
la section 2/1 du Code pénal social
concernant les pouvoirs spécifiques
des inspecteurs sociaux
en matière de constatations
relatives à la discrimination**

SOMMAIRE

Pages

Résumé	3
Exposé des motifs	4
Commentaire des articles du projet de loi	6
Avant-projet	12
Analyse d'impact	14
Avis du Conseil d'État	26
Projet de loi	31
Coordination des articles	33
Avis	37
– APD	37
– CNT	41
– Conseil consultatif droit pénal social	51
– IEFM	62
– UNIA	67

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

25 januari 2022

WETSONTWERP

**tot wijziging
van afdeling 2/1 van het Sociaal Strafwetboek
betreffende de bijzondere bevoegdheden
van de sociaal inspecteurs
op het vlak van de vaststellingen
inzake discriminatie**

INHOUD

Blz.

Samenvatting	3
Memorie van toelichting	4
Toelichting bij de artikelen van het ontwerp van wet	6
Voorontwerp	12
Impactanalyse	20
Advies van de Raad van State	26
Wetsontwerp	31
Coördinatie van de artikelen	35
Adviezen	78
– GBA	78
– NAR	83
– Adviesraad van het sociaal strafrecht	93
– IGVM	104
– UNIA	109

Le gouvernement a déposé ce projet de loi le 25 janvier 2022.

Le “bon à tirer” a été reçu à la Chambre le 8 février 2022.

De regering heeft dit wetsontwerp op 25 januari 2022 ingediend.

De “goedkeuring tot drukken” werd op 8 februari 2022 door de Kamer ontvangen.

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Écolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
Vooruit	: Vooruit
cdH	: centre démocrate Humaniste
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 ^e législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigegekleurd papier)

RÉSUMÉ

Le présent projet de loi vise à modifier l'article 42/1, du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, en vue de remédier à certaines entraves, afin que l'application de tests de discrimination devienne un instrument efficace de lutte contre la discrimination.

SAMENVATTING

Huidig wetsontwerp viseert de wijziging van artikel 42/1, van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie, teneinde bepaalde obstructies te verhelpen, zodat de toepassing van discriminatie-toetsen een effectiever instrument wordt om discriminatie te bestrijden.

EXPOSÉ DES MOTIFS

EXPOSÉ GÉNÉRAL

La loi du 15 janvier 2018 a inséré, dans le Code pénal social, un article relatif aux “pouvoirs particuliers en matière de discrimination” conférés aux inspecteurs sociaux (article 42/1 du CPS).

Il ressort des auditions organisées le 4 mars 2015 au sein de la Commission des Affaires sociales et consacrées à la question de la discrimination sur le marché du travail, qu’au sein des services de l’inspection du travail – Contrôle des lois sociales, le point faible se situe au niveau de la charge de la preuve du comportement discriminatoire.

Le ministre entendait résoudre ce problème en octroyant aux inspecteurs sociaux des compétences particulières en matière de recherche et de constatation d’infractions “discriminatoires” afin d’apporter plus facilement la preuve de la commission de telles infractions.

C’est ainsi que l’article 42/1 du Code pénal social a vu le jour. L’introduction des tests de discrimination était un pas très important dans la lutte contre la discrimination sur le marché de travail.

Toutefois, la pratique a montré la nécessité d’adapter certaines dispositions de cette législation afin que les compétences spécifiques puissent être appliquées plus efficacement.

Par exemple, il est apparu qu’il n’est pas possible que chaque intervention d’un inspecteur social à la suite d’une plainte étayée ou d’un signalement, soit soutenue par des *datamining* et *datamatching*. Actuellement, les données pour le *datamining* et le *datamatching* sont très dispersées. De plus, le système est encore dans sa phase embryonnaire. Par ailleurs, le *datamining* au niveau fédéral est limité car il n’existe pas de données gouvernementales sur la phase précontractuelle. En outre, il s’agit de données personnelles extrêmement délicates, notamment l’origine et le genre.

Lorsque l’on réalise les tests de discrimination, il est nécessaire d’utiliser un faux nom ou une fausse signature sur le CV ou la lettre de motivation. Parfois, il faut également utiliser de faux diplômes. Lorsque des tests de discrimination sont effectués auprès d’intermédiaires, l’utilisation d’un faux numéro BCE peut s’avérer nécessaire. L’enregistrement des conversations est

MEMORIE VAN TOELICHTING

ALGEMENE TOELICHTING

Met de wet van 15 januari 2018 werd in het Sociaal Strafwetboek een “Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie” ingevoerd voor de sociaal inspecteurs (artikel 42/1 SSW).

Uit de hoorzittingen in de Commissie Sociale Zaken op 4 maart 2015 in verband met de vraag van de discriminatie op de arbeidsmarkt bleek dat het zwak punt bij arbeidsinspectie – Toezicht op de sociale wetten - zich situeert op het niveau van de bewijslast van het discriminatoir gedrag.

De minister beoogde dat probleem te verhelpen door aan sociaal inspecteurs de specifieke bevoegdheden te verlenen inzake onderzoek en vaststelling van “discriminatoire” inbreuken teneinde het bewijs van het plegen van dergelijke inbreuken te vergemakkelijken.

Ten gevolge hiervan is het artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek tot stand gekomen. De invoering van discriminatietoetsen was een ontzettend belangrijke stap voorwaarts in het bestrijden van discriminatie op de arbeidsmarkt.

Uit de praktijk is evenwel gebleken dat sommige bepalingen in deze wetgeving dienen aangepast te worden, zodat de specifieke bevoegdheden effectiever kunnen worden toegepast.

Zo is onder meer gebleken dat het niet werkbaar is dat elk optreden van een sociaal inspecteur naar aanleiding van een onderbouwde klacht of melding nog eens ondersteund moet worden met *datamining* en *datamatching*. Momenteel zitten de gegevens voor *datamining* en *datamatching* erg verspreid. Het systeem zit bovendien nog in embryonale fase. Bovendien is *datamining* op federaal niveau beperkt omdat er geen overheidsdata bestaan over de precontractuele fase. Daarnaast gaat het om uiterst delicate persoonlijke gegevens met name origine en gender.

Bij het uitvoeren van discriminatietoetsen is het gebruik van een valse naam of handtekening op het CV of de motivatiebrief noodzakelijk. Soms is ook het gebruik van valse diploma’s noodzakelijk. Bij discriminatietoetsen naar tussenpersonen kan het gebruik van een vals KBO-nummer noodzakelijk zijn. Ook opnemen van gesprekken is vaak nodig om achteraf een correct verslag

également souvent nécessaire pour rendre correctement compte de la réaction par la suite. Pour cette raison, les inspecteurs qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables, ne commettent pas d'infraction.

Des mots de l'article 42/1, § 3, alinéa 2, du Code pénal social, à savoir "Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre" ne sont pas nécessaires sur le plan juridique.

Une telle disposition rend en effet le recours aux tests de discrimination impossible pour les inspecteurs sociaux pour constater des infractions en matière de discrimination. La disposition est basée sur la législation concernant les méthodes particulières de recherche et sur les faits punissables que peuvent commettre des agents de police lors de la recherche d'actes de terrorisme ou de criminalité grave. Ces dispositions pénales sont toutefois d'un tout autre ordre que celles relatives à la discrimination. Dès lors, elles ne sont pas transposables à ce contexte.

Les peines prévues en cas de faux en écriture ou de port de faux nom atteignent bien vite 5 à 10 ans d'emprisonnement. En cas de faux en informatique, la peine infligée sera de 6 mois à 5 ans d'emprisonnement. La discrimination n'est, quant à elle, punissable que dans une mesure limitée. L'article 25 de la loi antiracisme dispose que quiconque, dans le domaine des relations de travail, commet une discrimination à l'égard d'une personne en raison de l'un des critères protégés, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 euros à 1000 euros, ou de l'une de ces peines seulement.

Les peines prévues pour la discrimination sont donc bien moins lourdes que celles prévues pour les auteurs des infractions qui doivent nécessairement être commises pour pouvoir détecter les discriminations à l'aide des tests de discrimination. Si l'on veut que les inspecteurs puissent plus facilement recourir aux tests de discrimination sans s'exposer à des poursuites pénales, il convient de supprimer cette disposition de l'alinéa deux.

Les conditions selon lesquelles il ne peut s'agir que des "faits punissables absolument nécessaires" et que ceux-ci ne peuvent être commise qu'avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi" prévues à l'article 42/1, § 3, sont quant à elle bien entendu maintenues. De même, les faits commis dans le cadre des tests de discrimination doivent toujours être proportionnés à l'objectif visé.

weer te geven van de reactie. De sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen, begaan om deze reden geen inbreuk.

De woorden van artikel 42/1, § 3, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek, met name "Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend" zijn juridisch overbodig.

Een dergelijke bepaling maakt het werkelijk onmogelijk voor sociale inspecteurs om hun toevlucht te nemen tot discriminatietoetsen teneinde discriminatiefeiten vast te stellen. De bepaling is gebaseerd op de wetgeving betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en de strafbare feiten die politieambtenaren kunnen begaan ter opsporing van terrorisme of zware misdaad. Die strafbepalingen zijn echter van een totale andere orde dan die rond discriminatie. De bepalingen zijn daarom niet kopieerbaar naar deze context.

De strafmaten op valsheid in geschrifte of valse naamdracht bedragen al snel een gevangenisstraf van 5 tot 10 jaar. Bij valsheid in informatica gaat het om strafmaten van 6 maand tot 5 jaar gevangenisstraf. Discriminatie is echter maar beperkt strafbaar. Artikel 25 van de antiracismewet stelt dat de persoon die op het vlak van arbeidsbetrekkingen een persoon discrimineert op grond van één van de beschermde criteria, wordt gestraft met een gevangenisstraf van een maand tot een jaar en een geldboete van 50 euro tot 1000 euro of één van die straffen alleen.

De strafmaat die op discriminatie staat is dus een stuk minder zwaar dan deze voor de strafbare feiten die je noodzakelijkerwijze moet begaan om discriminatie met discriminatietoetsen op te sporen. Wil men dat inspecteurs discriminatietoetsen makkelijker kunnen inzetten zonder strafvervolgning te riskeren, dan wordt de voormelde bepaling uit het tweede lid best geschrapt.

De in artikel 42/1, § 3, gestelde voorwaarden dat alleen "strikt noodzakelijke strafbare feiten" mogen worden gepleegd en dat dit alleen "met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings" mag geschieden, blijven uiteraard gehandhaafd. Evenzo moeten de in het kader van discriminatietoetsen gepleegde handelingen altijd in verhouding staan tot het betrokken doel.

L'article 42/1, § 5, du Code pénal social prévoit également l'application du principe de subsidiarité: les tests de discrimination ne sont donc possibles que si ces constatations ne peuvent être réalisées d'une autre manière par les inspecteurs sociaux sur la base d'autres pouvoirs des inspecteurs du Contrôle des lois sociales.

L'article 42/1 du code pénal social est complété par un paragraphe 6, qui introduit la possibilité de recourir à des tiers dans l'application des tests de discrimination.

Pour imiter les situations de pratique courante, il faudra toutefois utiliser d'autres méthodes de test plus actives pour lesquelles l'inspection doit pouvoir faire appel à des tiers (pour envoyer des CV, etc.). Le texte actuel ne prévoit pas encore la possibilité pour l'inspection de faire appel à des tiers.

Enfin, un article 42/2 est inséré dans le Code pénal social afin de bien clarifier que les inspecteurs sociaux peuvent également utiliser tous leurs pouvoirs d'investigation, y compris les tests de discrimination, dans les dossiers ayant trait à des formes de discrimination non sanctionnées pénalement.

Cette législation doit faire l'objet d'un suivi très étroit dans la pratique. Il est donc opportun d'évaluer ces nouvelles dispositions après leur application pendant un an.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Article 1^{er}

Cet article précise le fondement constitutionnel en matière de compétence.

Art. 2

Il est positif que des efforts soient faits en matière de *datamining* et *datamatching* pour rechercher plus d'indications objectives de discrimination dans les différentes bases de données. Cependant, il n'est pas possible en pratique que chaque action d'un inspecteur social à l'occasion d'une plainte ou d'un signalement soit encore appuyée par le *datamining* et le *datamatching*.

Actuellement, les données pour le *datamining* et le *datamatching* sont très dispersées. Le système est en outre encore au stade embryonnaire. De plus, le

In artikel 42/1, § 5, van het Sociaal Strafwetboek wordt ook de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel vastgelegd: discriminatietoetsen zijn daardoor meer bepaald enkel mogelijk indien deze vaststellingen door de sociaal inspecteurs niet op een andere manier kunnen gebeuren op grond van andere bevoegdheden van de inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten.

Artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek wordt aangevuld met een paragraaf 6, waardoor de mogelijkheid wordt gecreëerd om beroep te doen op derden bij de toepassing van de discriminatietoetsen.

Bij het nabootsen van courante praktijksituaties zullen echter ook andere, meer actieve testmethodes gebruikt moeten worden waarvoor de inspectie voor deze beroep moeten kunnen doen op derden (om cv's te versturen, ...). In de huidige tekst is nog niet voorzien dat de inspectie beroep kan doen op derden.

Tot slot wordt een artikel 42/2 ingevoegd in het Sociaal Strafwetboek om te verduidelijken dat de sociale inspecteurs al hun onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietoetsen, ook kunnen inzetten bij niet strafrechtelijk gesanctioneerde vormen van discriminatie.

Deze wetgeving moet zeer goed opgevolgd worden in de praktijk. Het is dan ook opportuun om deze nieuwe bepalingen te evalueren nadat zij gedurende een jaar toegepast werden.

TOELICHTING BIJ DE ARTIKELEN

Artikel 1

Dit artikel bepaalt de constitutionele bevoegdheidsgrondslag.

Art. 2

Het is positief dat ingezet wordt op *datamining* en *datamatching* om meer objectieve aanwijzingen van discriminatie te zoeken in de verschillende gegevensbestanden. Het is evenwel niet werkbaar dat elk optreden van een sociaal inspecteur naar aanleiding van een klacht of melding nog eens ondersteund wordt met *datamining* en *datamatching*.

Momenteel zitten de gegevens voor *datamining* en *datamatching* erg verspreid. Het systeem zit bovendien nog in embryonale fase. Bovendien is *datamining* op

datamining au niveau fédéral est limité étant donné qu'il n'existe pas de données gouvernementales sur la phase précontractuelle.

C'est pourquoi il est nécessaire que les conditions cumulatives pour l'usage des tests de discrimination deviennent facultatives. Sinon, il ne pourra être fait appel à cet instrument que rarement ou jamais.

Ce sont donc trois segments distincts qui peuvent être à la base d'un test de situation:

— En présence d'indications objectives de discrimination, par exemple, un magasin de vêtements qui n'emploie que des vendeuses de moins de 30 ans ou une grande entreprise dans une zone métropolitaine qui n'emploie que des hommes blancs ou aucune personne d'origine étrangère;

— à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, comme, par exemple, des documents qui montrent qu'un poste qui était censé être déjà pourvu ne l'a finalement pas été, ou des enregistrements d'un entretien ou une trace écrite d'une communication pendant une demande d'emploi, pendant la relation de travail ou à la fin de la relation de travail, qui montrent une inégalité ou une discrimination;

— sur la base de résultats de *datamining* et de *datamatching*.

Art. 3

Les inspecteurs sociaux doivent parfois, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettre des faits punissables strictement nécessaires. Lorsque cela se produit, il ne suffit pas qu'ils ne soient pas sanctionnés pour ces faits. Leur action est de cette manière toujours considérée comme une infraction.

Afin de faire du test de discrimination un instrument efficace, il devrait être légalement stipulé que dans ce cas les inspecteurs sociaux sont non seulement libres de toute sanction, mais qu'ils ne commettent aucune infraction.

En effet, s'ils sont seulement libres de toute sanction, cela signifie qu'ils sont toujours considérés comme ayant commis une infraction pénale.

Dans son avis, le Conseil consultatif de droit pénal social considère que cette modification aurait pour conséquence que l'infraction ne serait plus considérée comme une faute, même sur le plan civil.

federaal niveau beperkt omdat er geen overheidsdata bestaan over de precontractuele fase.

Daarom is het noodzakelijk de cumulatieve voorwaarden voor het gebruik van discriminatietoetsen om te vormen tot facultatieve. Zoniet zal het instrument zelden of nooit ingeschakeld kunnen worden.

Er zijn dus drie afzonderlijke segmenten op basis waarvan een test kan worden gestart:

— bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, bijvoorbeeld een kledingzaak waar enkel verkoopsters jonger dan 30 jaar werken, of een grote onderneming in een grootstedelijk gebied waar enkel blanke mannen of waar niemand van vreemde origine in dienst is;

— na een onderbouwde klacht of melding, zoals bijvoorbeeld stukken die aantonen dat een vacature die zogenaamd reeds ingenomen was, toch niet ingevuld was, of opnames van een gesprek of een schriftelijke neerslag van communicatie tijdens een sollicitatie, tijdens de arbeidsrelatie of op het einde van de arbeidsrelatie, die ongelijkheid of discriminatie aantonen;

— op basis van resultaten van *datamining* en *datamatching*.

Art. 3

Sociaal inspecteurs moeten soms, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen. Wanneer dit gebeurd is het niet voldoende dat ze hiervoor niet gesanctioneerd worden. Hun actie wordt op deze manier nog steeds beschouwd als een inbreuk.

Om van de discriminatietoets een werkbaar instrument te maken dient wettelijk bepaald te worden dat de sociale inspecteurs in dit geval niet enkel vrij van straf zijn, maar totaal geen inbreuk begaan.

Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan.

In zijn advies is de Adviesraad Sociaal Strafrecht van mening dat deze wijziging zou betekenen dat het delict niet langer als schuld zou worden beschouwd, zelfs niet in het burgerlijk recht.

Il convient de noter qu'une telle modification n'empêche nullement qu'un employeur qui aurait été lésé dans le cadre de la mise en œuvre de tests de discrimination puisse demander réparation de son dommage en invoquant l'article 1382 du Code civil. En effet, sur le plan civil, l'État est tenu de réparer le dommage s'il commet une faute dans l'exercice de ses missions.

Il faut également souligner que les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination se distinguent des méthodes particulières de recherche prévues dans le code d'instruction criminelle. Il n'est pas question de discrimination au regard des art. 10 et 11 de la Constitution lorsque des situations différentes sont traitées différemment. En l'occurrence les infractions qui doivent être commises dans le cadre des méthodes particulières de recherche (comme par exemple, dans le cadre du grand banditisme, ...) sont d'une toute autre nature que les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux pour la poursuite des discriminations.

Il devrait en être de même pour le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination.

Des mots de l'article 42/1, § 3, alinéa 2, du Code pénal social, à savoir "Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre" ne sont pas nécessaires sur le plan juridique.

Les peines prévues pour la discrimination sont en effet bien moins lourdes que celles prévues pour les auteurs des infractions qui doivent nécessairement être commises pour pouvoir détecter les discriminations à l'aide des tests de discrimination. Si l'on veut que les inspecteurs puissent plus facilement recourir aux tests de discrimination sans s'exposer à des poursuites pénales, il convient de supprimer cette disposition de l'alinéa deux.

Le Conseil consultatif du droit pénal social renvoie vers une liste des types d'infractions qui pourraient être commises par les inspecteurs sociaux dans le cadre de la mise en œuvre de tests de discrimination. Ainsi par exemple, on peut citer le port d'un faux nom, l'usage de faux diplôme, la création d'un faux CV et l'usage de celui-ci, etc. Les tests de discrimination rendus possibles par l'article 42/1 du Code pénal social sont suffisamment encadrés pour éviter que les inspecteurs se livrent à des infractions disproportionnées avec la poursuite de leur mission.

Er dient te worden opgemerkt dat een dergelijke wijziging geenszins belet dat een werkgever die in het kader van de uitvoering van discriminatietests schade heeft geleden, een vergoeding voor zijn of haar schade vordert overeenkomstig artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek. In het burgerlijk recht is de Staat namelijk verplicht de schade te vergoeden wanneer hij in de uitoefening van zijn taak een fout begaat.

Ook dient te worden benadrukt dat de specifieke bevoegdheden van sociale inspecteurs om discriminatie vast te stellen, zich onderscheiden van de specifieke onderzoeksmethoden waarin het Wetboek van strafvordering voorziet. Er is geen sprake van discriminatie in de zin van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet wanneer verschillende situaties verschillend worden behandeld. In dit geval zijn de strafbare feiten die moeten worden gepleegd in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden (bijv. in het kader van de georganiseerde misdaad, enz.) van een geheel andere aard dan de specifieke bevoegdheden van de sociale inspecteurs voor de vervolging van discriminatie.

Hetzelfde dient bepaald te worden voor de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie.

De woorden van artikel 42/1, § 3, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek, met name "Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend" zijn juridisch overbodig.

De strafmaat die op discriminatie staat is inderdaad minder zwaar dan deze voor de strafbare feiten die je noodzakelijkerwijze moet begaan om discriminatie met discriminatietoetsen op te sporen. Wil men dat inspecteurs discriminatietoetsen makkelijker kunnen inzetten zonder strafvervolging te riskeren, dan wordt voormelde bepaling uit het tweede lid best geschrapt.

De Adviesraad Sociaal Strafrecht verwijst naar een lijst van de soorten strafbare feiten die door de sociale inspecteurs kunnen worden gepleegd in het kader van de uitvoering van discriminatietoetsen. Voorbeelden hiervan zijn het gebruik van een valse naam, het gebruik van een vals diploma, het opstellen van een vals CV en het gebruik daarvan, enz. De discriminatietesten die mogelijk worden gemaakt door artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek zijn voldoende gereguleerd om te voorkomen dat inspecteurs strafbare feiten plegen die niet in verhouding staan tot hun taak.

Art. 4

L'article 42/1, § 5, du Code pénal social prévoit l'application du principe de subsidiarité: par conséquent les tests de discrimination ne sont possible que s'ils sont nécessaires à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir déterminer les conditions réelles qui s'appliquent aux clients ordinaires, aux clients potentiels, aux travailleurs ou aux travailleurs potentiels et si ces constatations ne peuvent être faites d'une autre manière sur la base des autres compétences des inspecteurs du Contrôle des lois sociales.

La modification proposée vise à considérer les tests de discrimination comme une compétence équivalente des inspecteurs du Contrôle des lois sociales. En d'autres termes, cette pratique peut être utilisée à tout moment de l'enquête.

En pratique, le test de discrimination est plutôt considéré comme le point de départ d'une enquête, après quoi le dossier pourrait être poursuivi au moyen des "compétences ordinaires". Souvent, cette technique n'aura plus de sens lorsque toutes les autres techniques d'enquête ont été appliquées en premier lieu.

Bien entendu, les tests de discrimination ne seront possibles qu'à la suite d'indications objectives de discrimination. Ils ne peuvent pas conduire à la création d'une pratique discriminatoire alors qu'il n'y a pas d'indication sérieuse d'une pratique pouvant être qualifiée de discrimination directe ou indirecte.

Art. 5

Cet amendement autorise le recours à des tiers dans le cadre des tests de discrimination. Les inspecteurs du Contrôle des lois sociales peuvent, dans le cadre d'une opération déterminée, momentanément faire appel à une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

Suite aux remarques des différents organes d'avis (et notamment l'avis 2021/001 du Conseil consultatif du droit pénal social), il est expressément rappelé que le tiers ne peut dans le cadre d'une telle mission commettre de provocation au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

Dans le cadre des méthodes particulières de recherche, le Code d'instruction criminelle dispose (en son article 47quinquies, § 2 et § 3) qu'il est possible de recourir, au besoin, à des tiers (toute personne autre qu'un fonctionnaire de police). Par ailleurs, il est légalement

Art. 4

In artikel 42/1, § 5, van het Sociaal Strafwetboek wordt de toepassing van het subsidiariteitsbeginsel vastgelegd: discriminatietoetsen zijn daardoor meer bepaald enkel mogelijk indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren op grond van andere bevoegdheden van de inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten.

Voorgestelde wijziging heeft tot doel dat discriminatietoetsen worden beschouwd als een evenwaardige bevoegdheid van de inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten. Deze praktijk kan met andere woorden op elk moment van het onderzoek worden aangewend.

In de praktijk wordt de discriminatietoets eerder als een beginpunt van een onderzoek gezien waarna het dossier verder zou kunnen opgevolgd worden met de "gewone bevoegdheden". Dikwijls zal deze techniek geen zin meer hebben wanneer eerst alle andere onderzoekstechnieken zijn toegepast.

Uiteraard zullen de discriminatietoetsen enkel mogelijk zijn na objectieve aanwijzingen van discriminatie. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

Art. 5

Deze wijziging maakt het gebruik van derden bij "discriminatietoetsen" mogelijk. De inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten kunnen bij een welbepaalde operatie kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

Naar aanleiding van de opmerkingen van de verschillende adviesorganen (en met name het advies 2021/001 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht) wordt er uitdrukkelijk aan herinnerd dat de derde in dit verband geen provocatie mag plegen in de zin van artikel 30 van de inleidende titel van het Wetboek van Strafvordering.

Inzake bijzondere opsporingsmethoden bepaalt artikel 47quinquies, §§ 2 en 3, van het Wetboek van strafvordering dat ook derden (niet-politieambtenaren) kunnen worden ingezet indien zulks nodig blijkt. Voorts is wettelijk bepaald dat de politieambtenaren welke

prévu que les fonctionnaires de police qui ont utilisé ces méthodes sans en avoir pu informer au préalable le procureur du Roi, peuvent le faire sans délai. Il est étrange que la législation relative aux tests de discrimination soit plus stricte et moins flexible que la législation relative aux méthodes particulières de recherche à cet égard.

La FSMA peut légalement recourir à des tiers pour faire des tests de discrimination. La Loterie Nationale fait, elle aussi, appel à des tiers en vue de contrôler le respect de l'interdiction de vendre ses produits à des mineurs. La nécessité de recourir à des tiers résulte souvent de la capacité limitée des instances de contrôle.

Les inspecteurs du Contrôle des Lois sociales pourront avoir recours à des tiers pour les aider dans leur mission (ex: expertise, rédaction de CV, ...). Toutefois, il n'est pas permis d'envoyer des tiers dans les entreprises pour effectuer des tests de situation dans le cadre d'un entretien d'embauche.

Les modalités concrètes seront précisées par arrêté royal.

Art. 6

Un nouvel article 42/2 est inséré afin d'apporter une sécurité juridique en ce qui concerne la capacité de l'inspection à utiliser ses pouvoirs d'investigation, notamment les tests de discrimination, pour faire constater les infractions non punissables à la législation anti-discrimination. Toutes les violations de l'interdiction légale de la discrimination dans le cadre des relations de travail ne sont pas sanctionnées par le droit pénal. Seules les discriminations intentionnelles fondées sur la prétendue race et sur le genre sont concernées. Les discriminations fondées sur l'âge, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques, l'orientation sexuelle... sont interdites par la loi anti-discrimination, mais la loi ne prévoit aucune sanction pénale et ce, même à l'égard des personnes qui commettent délibérément une discrimination sur la base de ces critères protégés dans le cadre des relations de travail.

Il est donc dorénavant expressément prévu que les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et leurs arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables, sont interdits par ces lois.

deze methoden hebben aangewend zonder dat zij de procureur des Konings daarvan vooraf in kennis konden stellen, zulks onverwijld mogen doen. Het is vreemd dat de wetgeving aangaande de discriminatietoetsen op dat opzicht strenger en minder flexibel is dan de wetgeving betreffende de bijzondere opsporingsmethoden.

Ook de FSMA mag bij wet derden inzetten om discriminatietoetsen te doen. De Nationale Loterij maakt eveneens gebruik van derden om de inachtneming van het verbod op de verkoop van haar producten aan minderjarigen te controleren. Door de beperkte personeelscapaciteit van de toezichhoudende instanties is het vaak noodzakelijk derden in te schakelen.

De inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten kunnen een beroep doen op derden om hen bij te staan in hun opdracht (bv. expertise, opstellen van cv's, ...). Het is echter niet toegestaan derden naar bedrijven te sturen om in het kader van een sollicitatiegesprek situatietests af te nemen.

De concrete uitwerking dient te gebeuren bij koninklijk besluit.

Art. 6

Een nieuw artikel 42/2 wordt ingevoegd om rechtszekerheid te bieden over de mogelijkheid voor de inspectie om haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietesten, in te zetten voor het handhaven van niet strafbaar gestelde overtredingen van de antidiscriminatiewetgeving. Niet alle inbreuken op het wettelijk discriminatieverbod in het kader van arbeidsbetrekkingen worden ook strafrechtelijk gesanctioneerd. Dit is enkel het geval voor opzettelijke raciale en genderdiscriminatie. De Antidiscriminatiewet verbiedt wel discriminatie op grond van leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing, seksuele geaardheid... maar bevat geen strafsancities voor diegene die in het kader van arbeidsbetrekkingen opzettelijk discrimineren op basis van deze persoonskenmerken.

Daarom wordt nu uitdrukkelijk bepaald dat de sociale inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenophobie ingegeven daden en hun uitvoeringsbesluiten, ook bevoegd zijn om daden op te sporen en te registreren die, hoewel ze niet strafbaar zijn volgens het strafrecht, verboden zijn door deze wetten.

Ceci confirme le pouvoir de surveillance du contrôle des lois sociales tel que prévu à l'article 32, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (voir également article 38, § 1^{er}, de la loi genre ou encore article 38, § 1^{er}, de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie) qui s'exerce conformément aux dispositions du Code pénal social.

En outre, cette disposition clarifie la possibilité pour l'inspection de faire les constatations nécessaires ayant force probante particulière.

Le ministre du Travail,

Pierre-Yves DERMAGNE

Dit bevestigt de toezichtsbevoegdheid van de controle op het sociaal recht zoals bepaald in artikel 32, § 1, van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (zie ook artikel 38, § 1, van de Genderwet of artikel 34, § 1, van de wet tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden), die wordt uitgeoefend overeenkomstig de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek.

Bovendien verduidelijkt deze bepaling de mogelijkheid voor de inspectiedienst om met bijzondere bewijskracht de nodige vaststellingen te doen.

De minister van Werk,

Pierre-Yves DERMAGNE

AVANT-PROJET DE LOI

soumis à l'avis du Conseil d'État

Avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discriminations

Article 1^{er}. La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2. Dans l'article 42/1, § 1^{er}, du Code pénal social, les mots "en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching" sont remplacés par les mots "en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching".

Art. 3. Dans l'article 42/1, § 3, du même Code, les modifications suivantes sont apportées:

1° dans l'alinéa 1^{er} les mots "Sont exemptés de peine" sont remplacés par les mots "Ne commettent pas d'infraction";

2° dans l'alinéa 2 les mots "ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils" sont supprimés;

3° dans l'alinéa 3 les mots "est exempté de peine" sont remplacés par les mots "ne commet pas d'infraction".

Art. 4. Dans l'article 42/1, § 5, alinéa 2, du même Code, les mots "et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon" sont remplacés par les mots "et si ces constats ne peuvent, compte tenu du principe de proportionnalité, être faits par d'autres moyens".

Art. 5. L'article 42/1 du même Code est complété par le paragraphe 6 rédigé comme suit:

"§ 6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

La personne visée à l'alinéa précédent est également soumise à l'obligation de l'article 42/1, 5.

Le Roi fixe par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1^{er}".

Art. 6. Dans le livre 1^{er}, titre 1^{er}, section 2/1 du même Code, il est inséré un article 42/2 rédigé comme suit:

VOORONTWERP VAN WET

onderworpen aan het advies van de Raad van State

Voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het sociaal strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie

Artikel 1. Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

Art. 2. In artikel 42/1, § 1, van het Sociaal Strafwetboek worden de woorden "bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een onderbouwde klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching" vervangen door de woorden "bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching".

Art. 3. In artikel 42/1, § 3, van hetzelfde Wetboek worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in het eerste lid worden de woorden "Blijven vrij van straf" vervangen door de woorden "Plegen geen strafbaar feit";

2° in het tweede lid worden de woorden "mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en" opgeheven;

3° in het derde lid worden de woorden "Blijft vrij van straf" vervangen door de woorden "Pleegt geen strafbaar feit".

Art. 4. In artikel 42/1, § 5, tweede lid, van hetzelfde Wetboek worden de woorden "en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren" vervangen door de woorden "en indien deze vaststellingen, rekening houdend met het proportionaliteitsbeginselen, niet op een andere manier kunnen gebeuren".

Art. 5. Artikel 42/1 van hetzelfde Wetboek wordt aangevuld met een paragraaf 6, luidende:

"§ 6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De in het vorige lid bedoelde persoon is eveneens onderworpen aan de verplichting van artikel 42/1, § 5.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste alinea."

Art. 6. In boek 1, titel 1, afdeling 2/1 van hetzelfde Wetboek wordt een artikel 42/2 ingevoegd, luidende:

“Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance des législations anti-discrimination et de leurs arrêtés d’exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d’actes qui, sans être punissables pénalement, sont interdits par ces lois.”

“De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetgeving.”

Analyse d'impact de la réglementation

RiA-AiR

- :: Remplissez de préférence le formulaire en ligne ria-air.fed.be
- :: Contactez le Helpdesk si nécessaire ria-air@premier.fed.be
- :: Consultez le manuel, les FAQ, etc. www.simplification.be

Fiche signalétique

Auteur .a.

Membre du Gouvernement compétent	Ministre du Travail, Pierre-Yves Dermagne
Contact cellule stratégique (nom, email, tél.)	Christine Lardin, Christine.Lardin@dermagne.fed.be , +32 (0) 2 207 19 08
Administration compétente	SPF Emploi, Travail et Concertation sociale
Contact administration (nom, email, tél.)	Hans Clauwaert, Hans.Clauwaert@emploi.belgique.be , 02/233 44 33

Projet .b.

Titre du projet de réglementation	Loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination	
Description succincte du projet de réglementation en mentionnant l'origine réglementaire (traités, directive, accord de coopération, actualité, ...), les objectifs poursuivis et la mise en œuvre.	Le présent projet de loi vise à modifier l'article 42/1, du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, en vue de remédier à certaines entraves, afin que le « mystery shopping » devienne un instrument efficace de lutte contre la discrimination.	
Analyses d'impact déjà réalisées	☐ Oui ☒ Non	Si oui, veuillez joindre une copie ou indiquer la référence du document : _ _

Consultations sur le projet de réglementation .c.

Consultations obligatoires, facultatives ou informelles :	Conseil national du Travail, Conseil consultatif du droit pénal social, Conseil d'Etat
---	--

Sources utilisées pour effectuer l'analyse d'impact .d.

Statistiques, documents de référence, organisations et personnes de référence :	Personnes de référence et organisations
---	---

Date de finalisation de l'analyse d'impact .e.

[29/01/2021](#)

Quel est l'impact du projet de réglementation sur ces 21 thèmes ?



Un projet de réglementation aura généralement des impacts sur un nombre limité de thèmes.
 Une liste non-exhaustive de mots-clés est présentée pour faciliter l'appréciation de chaque thème.
 S'il y a des **impacts positifs et / ou négatifs**, **expliquez-les** (sur base des mots-clés si nécessaire) et **indiquez** les mesures prises pour alléger / compenser les éventuels impacts négatifs.
 Pour les thèmes **3, 10, 11** et **21**, des questions plus approfondies sont posées.
 Consultez le [manuel](#) ou contactez le helpdesk ria-air@premier.fed.be pour toute question.

Lutte contre la pauvreté .1.

Revenu minimum conforme à la dignité humaine, accès à des services de qualité, surendettement, risque de pauvreté ou d'exclusion sociale (y compris chez les mineurs), illettrisme, fracture numérique.

☐ Impact positif
 ☐ Impact négatif
 Expliquez.
 ☒ Pas d'impact

Égalité des chances et cohésion sociale .2.

Non-discrimination, égalité de traitement, accès aux biens et services, accès à l'information, à l'éducation et à la formation, écart de revenu, effectivité des droits civils, politiques et sociaux (en particulier pour les populations fragilisées, les enfants, les personnes âgées, les personnes handicapées et les minorités).

☐ Impact positif
 ☐ Impact négatif
 Expliquez.
 ☐ Pas d'impact

Par l'instauration de la pratique du « mystery shopping » la discrimination sur le marché du travail pourra être mieux contrôlée et sanctionnée.

Égalité entre les femmes et les hommes .3.

Accès des femmes et des hommes aux ressources : revenus, travail, responsabilités, santé/soins/bien-être, sécurité, éducation/savoir/formation, mobilité, temps, loisirs, etc.

Exercice des droits fondamentaux par les femmes et les hommes : droits civils, sociaux et politiques.

1. Quelles personnes sont directement et indirectement concernées par le projet et quelle est la composition sexuée de ce(s) groupe(s) de personnes ?

Si aucune personne n'est concernée, expliquez pourquoi.



Si des personnes sont concernées, répondez à la question 2.

2. Identifiez les éventuelles différences entre la situation respective des femmes et des hommes dans la matière relative au projet de réglementation.

Etant donné que le genre est également un critère de discrimination à combattre, l'inégalité entre les femmes et les hommes sur le marché du travail sera réduite.



S'il existe des différences, répondez aux questions 3 et 4.

3. Certaines de ces différences limitent-elles l'accès aux ressources ou l'exercice des droits fondamentaux des femmes ou des hommes (différences problématiques) ? [O/N] > expliquez

--

4. Compte tenu des réponses aux questions précédentes, identifiez les impacts positifs et négatifs du projet sur l'égalité des femmes et les hommes ?

--



S'il y a des impacts négatifs, répondez à la question 5.

5. Quelles mesures sont prises pour alléger / compenser les impacts négatifs ?

--

Santé .4.

Accès aux soins de santé de qualité, efficacité de l'offre de soins, espérance de vie en bonne santé, traitements des maladies chroniques (maladies cardiovasculaires, cancers, diabète et maladies respiratoires chroniques), déterminants de la santé (niveau socio-économique, alimentation, pollution), qualité de la vie.

☐ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☒ Pas d'impact
Emploi .5.

Accès au marché de l'emploi, emplois de qualité, chômage, travail au noir, conditions de travail et de licenciement, carrière, temps de travail, bien-être au travail, accidents de travail, maladies professionnelles, équilibre vie privée - vie professionnelle, rémunération convenable, possibilités de formation professionnelle, relations collectives de travail.

☒ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☐ Pas d'impact

[Lutte contre la discrimination au marché d'emploi](#)

Modes de consommation et production .6.

Stabilité/prévisibilité des prix, information et protection du consommateur, utilisation efficace des ressources, évaluation et intégration des externalités (environnementales et sociales) tout au long du cycle de vie des produits et services, modes de gestion des organisations.

☐ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☒ Pas d'impact
Développement économique .7.

Création d'entreprises, production de biens et de services, productivité du travail et des ressources/matières premières, facteurs de compétitivité, accès au marché et à la profession, transparence du marché, accès aux marchés publics, relations commerciales et financières internationales, balance des importations/exportations, économie souterraine, sécurité d'approvisionnement des ressources énergétiques, minérales et organiques.

☐ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☒ Pas d'impact
Investissements .8.

Investissements en capital physique (machines, véhicules, infrastructures), technologique, intellectuel (logiciel, recherche et développement) et humain, niveau d'investissement net en pourcentage du PIB.

☐ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☒ Pas d'impact
Recherche et développement .9.

Opportunités de recherche et développement, innovation par l'introduction et la diffusion de nouveaux modes de production, de nouvelles pratiques d'entreprises ou de nouveaux produits et services, dépenses de recherche et de développement.

☐ Impact positif

☐ Impact négatif

 Expliquez.

☒ Pas d'impact

PME .10.

Impact sur le développement des PME.

1. Quelles entreprises sont directement et indirectement concernées par le projet ?
 Détaillez le(s) secteur(s), le nombre d'entreprises, le % de PME (< 50 travailleurs) dont le % de micro-entreprise (< 10 travailleurs).
 Si aucune entreprise n'est concernée, expliquez pourquoi.
 --
- ↓ Si des PME sont concernées, répondez à la question 2.
2. Identifiez les impacts positifs et négatifs du projet sur les PME.
 N.B. les impacts sur les charges administratives doivent être détaillés au thème 11
 Les contrôles doivent être possibles dans toutes les entreprises, donc également les PME. Aussi longtemps que ces dernières ne violent pas la législation, il n'y aura pas d'impact négatif.
- ↓ S'il y a un impact négatif, répondez aux questions 3 à 5.
3. Ces impacts sont-ils proportionnellement plus lourds sur les PME que sur les grandes entreprises ? [O/N] > expliquez
 --
4. Ces impacts sont-ils proportionnels à l'objectif poursuivi ? [O/N] > expliquez
 --
5. Quelles mesures sont prises pour alléger / compenser les impacts négatifs ?
 --

Charges administratives .11.

Réduction des formalités et des obligations administratives liées directement ou indirectement à l'exécution, au respect et/ou au maintien d'un droit, d'une interdiction ou d'une obligation.

- ↓ Si des citoyens (cf. thème 3) et/ou des entreprises (cf. thème 10) sont concernés, répondez aux questions suivantes.
1. Identifiez, par groupe concerné, les formalités et les obligations nécessaires à l'application de la réglementation.
 S'il n'y a aucune formalité ou obligation, expliquez pourquoi.

a. __réglementation actuelle*	b. La technique du « mystery shopping » a pour objectif de faire appliquer correctement la législation anti-discrimination. Il n'y a donc pas de formalités ni d'obligations complémentaires.
-------------------------------	---
 - ↓ S'il y a des formalités et des obligations dans la réglementation actuelle*, répondez aux questions 2a à 4a.
 - ↓ S'il y a des formalités et des obligations dans la réglementation en projet**, répondez aux questions 2b à 4b.
 2. Quels documents et informations chaque groupe concerné doit-il fournir ?

a. __*	b. __**
--------	---------
 3. Comment s'effectue la récolte des informations et des documents, par groupe concerné ?

a. __*	b. __**
--------	---------
 4. Quelles est la périodicité des formalités et des obligations, par groupe concerné ?

a. __*	b. __**
--------	---------
 5. Quelles mesures sont prises pour alléger / compenser les éventuels impacts négatifs ?
 --

Énergie .12.

Mix énergétique (bas carbone, renouvelable, fossile), utilisation de la biomasse (bois, biocarburants), efficacité énergétique, consommation d'énergie de l'industrie, des services, des transports et des ménages, sécurité d'approvisionnement, accès aux biens et services énergétiques.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Mobilité .13.

Volume de transport (nombre de kilomètres parcourus et nombre de véhicules), offre de transports collectifs, offre routière, ferroviaire, maritime et fluviale pour les transports de marchandises, répartitions des modes de transport (modal shift), sécurité, densité du trafic.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Alimentation .14.

Accès à une alimentation sûre (contrôle de qualité), alimentation saine et à haute valeur nutritionnelle, gaspillages, commerce équitable.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Changements climatiques .15.

Émissions de gaz à effet de serre, capacité d'adaptation aux effets des changements climatiques, résilience, transition énergétique, sources d'énergies renouvelables, utilisation rationnelle de l'énergie, efficacité énergétique, performance énergétique des bâtiments, piégeage du carbone.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Ressources naturelles .16.

Gestion efficace des ressources, recyclage, réutilisation, qualité et consommation de l'eau (eaux de surface et souterraines, mers et océans), qualité et utilisation du sol (pollution, teneur en matières organiques, érosion, assèchement, inondations, densification, fragmentation), déforestation.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Air intérieur et extérieur .17.

Qualité de l'air (y compris l'air intérieur), émissions de polluants (agents chimiques ou biologiques : méthane, hydrocarbures, solvants, SOx, NOx, NH3), particules fines.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Biodiversité .18.

Niveaux de la diversité biologique, état des écosystèmes (restauration, conservation, valorisation, zones protégées), altération et fragmentation des habitats, biotechnologies, brevets d'invention sur la matière biologique, utilisation des ressources génétiques, services rendus par les écosystèmes (purification de l'eau et de l'air, ...), espèces domestiquées ou cultivées, espèces exotiques envahissantes, espèces menacées.		
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez. ☒ Pas d'impact
--		

Nuisances .19.

Nuisances sonores, visuelles ou olfactives, vibrations, rayonnements ionisants, non ionisants et électromagnétiques, nuisances lumineuses.			
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez.	☒ Pas d'impact
--			

Autorités publiques .20.

Fonctionnement démocratique des organes de concertation et consultation, services publics aux usagers, plaintes, recours, contestations, mesures d'exécution, investissements publics.			
☐ Impact positif	☐ Impact négatif	↓ Expliquez.	☒ Pas d'impact
--			

Cohérence des politiques en faveur du développement .21.

Prise en considération des impacts involontaires des mesures politiques belges sur les intérêts des pays en développement.	
1. Identifiez les éventuels impacts directs et indirects du projet sur les pays en développement dans les domaines suivants :	
- o sécurité alimentaire - o santé et accès aux médicaments - o travail décent - o commerce local et international	- o revenus et mobilisations de ressources domestiques (taxation) - o mobilité des personnes - o environnement et changements climatiques (mécanismes de développement propre) - o paix et sécurité
Expliquez si aucun pays en développement n'est concerné.	
La législation est uniquement d'application sur le marché du travail belge.	
↓	S'il y a des impacts positifs et/ou négatifs, répondez à la question 2.
2. Précisez les impacts par groupement régional ou économique (lister éventuellement les pays). Cf. manuel	
--	
↓	S'il y a des impacts négatifs, répondez à la question 3.
3. Quelles mesures sont prises pour les alléger / compenser les impacts négatifs ?	
--	

Regelgevingsimpactanalyse

RiA-AiR

- :: Vul het formulier bij voorkeur online in ria-air.fed.be
- :: Contacteer de helpdesk indien nodig ria-air@premier.fed.be
- :: Raadpleeg de handleiding, de FAQ, enz. www.veroeenvoudiging.be

Beschrijvende fiche

Auteur .a.

Bevoegd regeringslid	Minister van Werk, Pierre-Yves Dermagne
Contactpersoon beleidscel (Naam, E-mail, Tel. Nr.)	Christine Lardin, Christine.Lardin@dermagne.fed.be, +32 (0) 2 207 19 08
Overheidsdienst	FOD Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg
Contactpersoon overheidsdienst (Naam, E-mail, Tel. Nr.)	Hans Clauwaert, Hans.Clauwaert@werk.belgie.be, 02/233 44 33

Ontwerp .b.

Titel van het ontwerp van regelgeving	Wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie
Korte beschrijving van het ontwerp van regelgeving met vermelding van de oorsprong (verdrag, richtlijn, samenwerkingsakkoord, actualiteit, ...), de beoogde doelen van uitvoering.	Huidig wetsontwerp viseert de wijziging van artikel 42/1, van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie, teneinde bepaalde obstructies te verhelpen, zodat "mystery shopping" een effectiever instrument wordt om discriminatie te bestrijden.
Impactanalyses reeds uitgevoerd	☐ Ja Indien ja, gelieve een kopie bij te voegen of de referentie van het document te vermelden: __ ☒ Nee

Raadpleging over het ontwerp van regelgeving .c.

Verplichte, facultatieve of informele raadplegingen:	Nationale Arbeidsraad, Adviesraad van het sociaal strafrecht, Raad van State
--	--

Bronnen gebruikt om de impactanalyse uit te voeren .d.

Statistieken, referentiedocumenten, organisaties en contactpersonen:	Contactpersonen en organisaties
--	---------------------------------

Datum van beëindiging van de impactanalyse .e.

29/01/2021

Welke impact heeft het ontwerp van regelgeving op deze 21 thema's?



Een ontwerp van regelgeving zal meestal slechts impact hebben op enkele thema's.

Een niet-exhaustieve lijst van trefwoorden is gegeven om de inschatting van elk thema te vergemakkelijken.

Indien er een **positieve en/of negatieve impact** is, leg deze uit (gebruik indien nodig trefwoorden) en vermeld welke maatregelen worden genomen om de eventuele negatieve effecten te verlichten/te compenseren.

Voor de thema's 3, 10, 11 en 21, worden meer gedetailleerde vragen gesteld.

Raadpleeg de [handleiding](#) of contacteer de helpdesk ria-air@premier.fed.be indien u vragen heeft.

Kansarmoedebestrijding .1.

Menswaardig minimuminkomen, toegang tot kwaliteitsvolle diensten, schuldenoverlast, risico op armoede of sociale uitsluiting (ook bij minderjarigen), ongeletterdheid, digitale kloof.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact



Leg uit.

☒ Geen impact

Gelijke Kansen en sociale cohesie .2.

Non-discriminatie, gelijke behandeling, toegang tot goederen en diensten, toegang tot informatie, tot onderwijs en tot opleiding, loonkloof, effectiviteit van burgerlijke, politieke en sociale rechten (in het bijzonder voor kwetsbare bevolkingsgroepen, kinderen, ouderen, personen met een handicap en minderheden).

☒ Positieve impact

☐ Negatieve impact



Leg uit.

☐ Geen impact

Door het invoeren van de praktijk van 'mystery shopping' zal de discriminatie op de arbeidsmarkt beter kunnen gecontroleerd en bestreden worden.

Gelijkheid van vrouwen en mannen .3.

Toegang van vrouwen en mannen tot bestaansmiddelen: inkomen, werk, verantwoordelijkheden, gezondheid/zorg/welzijn, veiligheid, opleiding/kennis/vorming, mobiliteit, tijd, vrije tijd, etc.

Uitoefening door vrouwen en mannen van hun fundamentele rechten: burgerlijke, sociale en politieke rechten.

1. Op welke personen heeft het ontwerp (rechtstreeks of onrechtstreeks) een impact en wat is de naar geslacht uitgesplitste samenstelling van deze groep(en) van personen?

Indien geen enkele persoon betrokken is, leg uit waarom.

--



Indien er personen betrokken zijn, beantwoord dan vraag 2.

--

2. Identificeer de eventuele verschillen in de respectieve situatie van vrouwen en mannen binnen de materie waarop het ontwerp van regelgeving betrekking heeft.

Aangezien gender eveneens een te bestrijden discriminatiegrond is, zal de ongelijkheid tussen vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt verminderen.



Indien er verschillen zijn, beantwoord dan vragen 3 en 4.

--

3. Beperken bepaalde van deze verschillen de toegang tot bestaansmiddelen of de uitoefening van fundamentele rechten van vrouwen of mannen (problematische verschillen)? [J/N] > Leg uit

--

4. Identificeer de positieve en negatieve impact van het ontwerp op de gelijkheid van vrouwen en mannen, rekening houdend met de voorgaande antwoorden?

--



Indien er een negatieve impact is, beantwoord dan vraag 5.

--

5. Welke maatregelen worden genomen om de negatieve impact te verlichten / te compenseren?

--

Gezondheid .4.

Toegang tot kwaliteitsvolle gezondheidszorg, efficiëntie van het zorgaanbod, levensverwachting in goede gezondheid, behandelingen van chronische ziekten (bloedvatenziekten, kankers, diabetes en chronische ademhalingsziekten), gezondheidsdeterminanten (sociaaleconomisch niveau, voeding, verontreiniging), levenskwaliteit.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact
Werkgelegenheid .5.

Toegang tot de arbeidsmarkt, kwaliteitsvolle banen, werkloosheid, zwartwerk, arbeids- en ontslagomstandigheden, loopbaan, arbeidstijd, welzijn op het werk, arbeidsongevallen, beroepsziekten, evenwicht privé- en beroepsleven, gepaste verloning, mogelijkheid tot beroepsopleiding, collectieve arbeidsverhoudingen.

☒ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☐ Geen impact

[Bestrijden van discriminatie op de arbeidsmarkt](#)
Consumptie- en productiepatronen .6.

Prijsstabiliteit of -voorzienbaarheid, inlichting en bescherming van de consumenten, doeltreffend gebruik van hulpbronnen, evaluatie en integratie van (sociale- en milieu-) externaliteiten gedurende de hele levenscyclus van de producten en diensten, beheerpatronen van organisaties.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact
Economische ontwikkeling .7.

Oprichting van bedrijven, productie van goederen en diensten, arbeidsproductiviteit en productiviteit van hulpbronnen/grondstoffen, competitiviteitsfactoren, toegang tot de markt en tot het beroep, markttransparantie, toegang tot overheidsopdrachten, internationale handels- en financiële relaties, balans import/export, ondergrondse economie, bevoorradingszekerheid van zowel energiebronnen als minerale en organische hulpbronnen.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact
Investerings .8.

Investerings in fysiek (machines, voertuigen, infrastructuren), technologisch, intellectueel (software, onderzoek en ontwikkeling) en menselijk kapitaal, nettoinvesteringscijfer in procent van het bbp.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact
Onderzoek en ontwikkeling .9.

Mogelijkheden betreffende onderzoek en ontwikkeling, innovatie door de invoering en de verspreiding van nieuwe productiemethodes, nieuwe ondernemingspraktijken of nieuwe producten en diensten, onderzoeks- en ontwikkelingsuitgaven.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact

Kmo's .10.

Impact op de ontwikkeling van de kmo's.

1. Welke ondernemingen zijn rechtstreeks of onrechtstreeks betrokken?

Beschrijf de sector(en), het aantal ondernemingen, het % kmo's (< 50 werknemers), waaronder het % micro-ondernemingen (< 10 werknemers).

Indien geen enkele onderneming betrokken is, leg uit waarom.

--

↓ Indien er kmo's betrokken zijn, beantwoord dan vraag 2.

2. Identificeer de positieve en negatieve impact van het ontwerp op de kmo's.

N.B. De impact op de administratieve lasten moet bij thema 11 gedetailleerd worden.

Controles moeten mogelijk zijn bij alle bedrijven, dus ook KMO's. Zolang deze de wetgeving niet overtreedt, zullen er geen negatieve gevolgen zijn.

↓ Indien er een negatieve impact is, beantwoord dan vragen 3 tot 5.

3. Is deze impact verhoudingsgewijs zwaarder voor de kmo's dan voor de grote ondernemingen? [J/N] > Leg uit

--

4. Staat deze impact in verhouding tot het beoogde doel? [J/N] > Leg uit

--

5. Welke maatregelen worden genomen om deze negatieve impact te verlichten / te compenseren?

--

Administratieve lasten .11.

Verlaging van de formaliteiten en administratieve verplichtingen die direct of indirect verbonden zijn met de uitvoering, de naleving en/of de instandhouding van een recht, een verbod of een verplichting.

↓ Indien burgers (zie thema 3) en/of ondernemingen (zie thema 10) betrokken zijn, beantwoord dan volgende vragen.

1. Identificeer, per betrokken doelgroep, de nodige formaliteiten en verplichtingen voor de toepassing van de regelgeving. Indien er geen enkele formaliteiten of verplichtingen zijn, leg uit waarom.

a. __ huidige regelgeving*

b. De techniek van 'mystery shopping' heeft als doel de non-discriminatie wetgeving correct na te leven. Er komen dus geen bijkomende formaliteiten of verplichtingen bij.

↓ Indien er formaliteiten en/of verplichtingen zijn in de huidige* regelgeving, beantwoord dan vragen 2a tot 4a.

↓ Indien er formaliteiten en/of verplichtingen zijn in het ontwerp van regelgeving**, beantwoord dan vragen 2b tot 4b.

2. Welke documenten en informatie moet elke betrokken doelgroep verschaffen?

a. __ *

b. __ **

3. Hoe worden deze documenten en informatie, per betrokken doelgroep, ingezameld?

a. __ *

b. __ **

4. Welke is de periodiciteit van de formaliteiten en verplichtingen, per betrokken doelgroep?

a. __ *

b. __ **

5. Welke maatregelen worden genomen om de eventuele negatieve impact te verlichten / te compenseren?

--

Energie .12.

Energiemix (koolstofarm, hernieuwbaar, fossiel), gebruik van biomassa (hout, biobrandstoffen), energie-efficiëntie, energieverbruik van de industrie, de dienstensector, de transportsector en de huishoudens, bevoorradingszekerheid, toegang tot energiediensten en -goederen.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Mobiliteit .13.**

Transportvolume (aantal afgelegde kilometers en aantal voertuigen), aanbod van gemeenschappelijk personenvervoer, aanbod van wegen, sporen en zee- en binnenvaart voor goederenvervoer, verdeling van de vervoerswijzen (modal shift), veiligheid, verkeersdichtheid.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Voeding .14.**

Toegang tot veilige voeding (kwaliteitscontrole), gezonde en voedzame voeding, verspilling, eerlijke handel.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Klimaatverandering .15.**

Uitstoot van broeikasgassen, aanpassingsvermogen aan de gevolgen van de klimaatverandering, veerkracht, energie overgang, hernieuwbare energiebronnen, rationeel energiegebruik, energie-efficiëntie, energieprestaties van gebouwen, winnen van koolstof.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Natuurlijke hulpbronnen .16.**

Efficiënt beheer van de hulpbronnen, recyclage, hergebruik, waterkwaliteit en -consumptie (oppervlakte- en grondwater, zeeën en oceanen), bodemkwaliteit en -gebruik (verontreiniging, organisch stofgehalte, erosie, drooglegging, overstromingen, verdichting, fragmentatie), ontbossing.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Buiten- en binnenlucht .17.**

Luchtkwaliteit (met inbegrip van de binnenlucht), uitstoot van verontreinigende stoffen (chemische of biologische agentia: methaan, koolwaterstoffen, oplosmiddelen, SOX, NOX, NH3), fijn stof.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact**Biodiversiteit .18.**

Graad van biodiversiteit, stand van de ecosystemen (herstelling, behoud, valorisatie, beschermde zones), verandering en fragmentatie van de habitatten, biotechnologieën, uitvindingsoctröoien in het domein van de biologie, gebruik van genetische hulpbronnen, diensten die de ecosystemen leveren (water- en luchtzuivering, enz.), gedomesticeerde of gecultiveerde soorten, invasieve uitheemse soorten, bedreigde soorten.

☐ Positieve impact☐ Negatieve impact

Leg uit.

☒ Geen impact

Hinder .19.

Geluids-, geur- of visuele hinder, trillingen, ioniserende, niet-ioniserende en elektromagnetische stralingen, lichtoverlast.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact

--

Overheid .20.

Democratische werking van de organen voor overleg en beraadslaging, dienstverlening aan gebruikers, klachten, beroep, protestbewegingen, wijze van uitvoering, overheidsinvesteringen.

☐ Positieve impact

☐ Negatieve impact


Leg uit.

☒ Geen impact

--

Beleidscoherentie ten gunste van ontwikkeling .21.

Inachtneming van de onbedoelde neveneffecten van de Belgische beleidsmaatregelen op de belangen van de ontwikkelingslanden.

1. Identificeer de eventuele rechtstreekse of onrechtstreekse impact van het ontwerp op de ontwikkelingslanden op het vlak van:

- | | |
|--|---|
| ☐ voedselveiligheid | ☐ inkomens en mobilisering van lokale middelen (taxatie) |
| ☐ gezondheid en toegang tot geneesmiddelen | ☐ mobiliteit van personen |
| ☐ waardig werk | ☐ leefmilieu en klimaatverandering (mechanismen voor schone ontwikkeling) |
| ☐ lokale en internationale handel | ☐ vrede en veiligheid |

Indien er geen enkelen ontwikkelingsland betrokken is, leg uit waarom.

[De wetgeving is enkel van toepassing op de Belgische arbeidsmarkt](#)



Indien er een positieve en/of negatieve impact is, beantwoord dan vraag 2.

2. Verduidelijk de impact per regionale groepen of economische categorieën (eventueel landen oplijsten). Zie bijlage

--



Indien er een negatieve impact is, beantwoord dan vraag 3.

3. Welke maatregelen worden genomen om de negatieve impact te verlichten / te compenseren?

--

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT
N° 70.420/1 DU 9 DÉCEMBRE 2021**

Le 29 octobre 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le ministre du Travail à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination'.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 25 novembre 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge Vos, conseillers d'État, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wouter PAS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 décembre 2021.

*

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE
NR. 70.420/1 VAN 9 DECEMBER 2021**

Op 29 oktober 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de minister van Werk verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 25 november 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge Vos, staatsraden, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 december 2021.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de modifier l'article 42/1 du Code pénal social et d'insérer un nouvel article 42/2 dans ce même Code.

L'article 42/1 du Code pénal social concerne les pouvoirs particuliers des inspecteurs sociaux en matière de discrimination. Ceux-ci ont le pouvoir, dans certaines conditions et en vue de la recherche et de la constatation des infractions à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, de se présenter comme clients, clients potentiels, travailleurs ou travailleurs potentiels dans le but de vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

Les modifications en projet concernent notamment la nécessité que les indications, plaintes ou signalements soient étayés par des résultats de datamining et datamatching, les exigences en matière de proportionnalité et la possibilité de recourir à des tiers qui ne font pas partie des services d'inspection.

En outre, il est inséré un nouvel article 42/2 qui dispose que les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la législation antidiscrimination et de ses arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables pénalement, sont interdits par cette législation.

EXAMEN DU TEXTE

INTITULÉ

3. Dès lors que l'avant-projet a non seulement pour objet de modifier l'article 42/1 du Code pénal social mais aussi d'insérer un nouvel article 42/2, on supprimera les mots "l'article 42/1 du" dans l'intitulé.

Article 3

4.1. L'article 3, 1^o et 3^o, de l'avant-projet vise le remplacement, à l'article 42/1, § 3, du Code pénal social, du membre de phrase aux termes duquel les personnes concernées "[s] ont exemptées de peine" par le segment de phrase selon lequel elles "[n]e commettent pas d'infraction".

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par "fondement juridique" la conformité aux normes supérieures.

1. 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 te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek en tot invoering van een nieuw artikel 42/2 in datzelfde wetboek.

Artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs inzake discriminatie. Zij hebben, onder bepaalde voorwaarden en met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten, de bevoegdheid om zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

De ontworpen wijzigingen betreffen onder meer de noodzaak dat de aanwijzingen, klachten of meldingen ondersteund worden door resultaten van datamining en datamatching, de vereisten inzake evenredigheid en de mogelijkheid om beroep te doen op derden die niet tot de inspectiediensten behoren.

Daarnaast wordt een nieuw artikel 42/2 ingevoegd dat bepaalt dat de sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten eveneens bevoegd zijn voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetgeving.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

OPSCHRIFT

3. Aangezien het voorontwerp niet enkel strekt tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek, maar ook tot invoering van een nieuw artikel 42/2, moeten in het opschrift de woorden "van artikel 42/1" worden geschrapt.

Artikel 3

4.1. Artikel 3, 1^o en 3^o, van het voorontwerp strekken ertoe in artikel 42/1, § 3, van het Sociaal Strafwetboek de zinsnede dat de betrokken personen "vrij van straf [blijven]" te vervangen door de zinsnede dat zij "geen strafbaar feit [plegen]".

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder 'rechtsgrond' de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

4.2. L'exposé des motifs de l'avant-projet observe à ce sujet ce qui suit:

“Les inspecteurs sociaux doivent parfois, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettre des faits punissables strictement nécessaires. Lorsque cela se produit, il ne suffit pas qu'ils ne soient pas sanctionnés pour ces faits. Leur action est de cette manière toujours considérée comme une infraction.

Afin de faire du test de discrimination un instrument efficace, il devrait être légalement stipulé que dans ce cas les inspecteurs sociaux sont non seulement libres de toute sanction, mais qu'ils ne commettent aucune infraction.

En effet, s'ils sont seulement libres de toute sanction, cela signifie qu'ils sont toujours considérés comme ayant commis une infraction pénale. Bien qu'ils ne soient pas sanctionnés, cela peut être mentionné dans leur casier judiciaire”.

4.3. Dans son avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 concernant les modifications en projet, le Conseil consultatif du droit pénal social a observé ce qui suit:

“La cause d'excuse absolutoire actuelle de l'article 42/1, § 3, alinéas 1^{er} et 3 du Code pénal social 'sont exemptés de peine' est modifiée en une cause de justification (autorisation légale): 'ne commettent pas d'infraction'.

La ratio invoquée pour ce faire est la suivante: 'S'ils sont seulement exemptés de peine, cela signifie qu'ils sont toujours réputés avoir commis une infraction criminelle. Bien qu'ils ne soient pas sanctionnés, cela peut figurer dans leur casier judiciaire'. Cette motivation n'est toutefois pas correcte. L'application d'une cause d'excuse aboutit, en fonction de la nature de la cause d'excuse, à la non-recevabilité de l'action publique ou à l'acquiescement (déclaration de non-culpabilité). Les délits excusés ne figurent en aucun cas dans le casier judiciaire.

Le passage à une cause de justification a toutefois pour conséquence que l'infraction ne doit plus être considérée comme une faute y compris sur le plan civil, ce qui implique notamment que, par exemple, l'État belge ne pourrait plus être tenu responsable du préjudice causé à des employeurs totalement de bonne foi qui auraient subi un préjudice à la suite d'un test de situation portant sur la discrimination. On peut douter qu'une telle impossibilité d'obtenir un dédommagement soit totalement conforme à l'article 1^{er}, Premier Protocole, CEDH.

De plus, l'article 47quinquies du CIC prévoit, dans le contexte de la législation sur les méthodes particulières de recherche (MPR), lui aussi uniquement une cause d'excuse absolutoire 'sont exemptés de peine'.

Il semble n'exister aucune justification pour que la commission d'infractions dans le cadre des MPR ne se verrait appliquer qu'une cause d'excuse absolutoire - avec pour conséquence qu'en principe, l'État belge puisse être tenu civilement responsable des préjudices causés par ces infractions – alors

4.2. In de memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt hierover het volgende opgemerkt:

“Sociaal inspecteurs moeten soms, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen. Wanneer dit [gebeurt] is het niet voldoende dat ze hiervoor niet gesanctioneerd worden. Hun actie wordt op deze manier nog steeds beschouwd als een inbreuk.

Om van de discriminatietoets een werkbaar instrument te maken dient wettelijk bepaald te worden dat de sociale inspecteurs in dit geval niet enkel vrij van straf zijn, maar totaal geen inbreuk begaan.

Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan. Ofschoon ze niet gesanctioneerd worden, kan dit worden vermeld in hun strafregister.”

4.3. In zijn advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 heeft de Adviesraad van het sociaal strafrecht over de ontworpen wijzigingen het volgende opgemerkt:

“De huidige strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 42/1, § 3, eerste en derde lid van het Sociaal Strafwetboek 'blijven vrij van straf' wordt gewijzigd in een rechtvaardigingsgrond (wettelijke toelating): 'plegen geen strafbaar feit'.

De ratio die daarvoor wordt aangehaald is de volgende: 'Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan. Ofschoon ze niet gesanctioneerd worden, kan dit worden vermeld in hun strafregister.' Deze motivering is echter niet juist. De toepassing van een verschoningsgrond leidt afhankelijk van de aard van de verschoningsgrond tot de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering of de vrijspraak (niet-schuldig verklaring). Verschoonde misdrijven komen in geen geval terecht in het strafregister.

De wijziging naar een rechtvaardigingsgrond heeft echter wel tot gevolg dat de inbreuk ook op burgerrechtelijk vlak niet langer als een fout te beschouwen is, wat onder meer met zich meebrengt dat bijvoorbeeld de Belgische Staat ook niet langer aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de schade die werd veroorzaakt bij volstrekt bonafide werkgevers die schade hebben geleden ten gevolge van een praktijktest naar discriminatie. Het valt te betwijfelen of een dergelijke onmogelijkheid om zulke schadevergoeding te krijgen in overeenstemming is met artikel 1, Eerste Protocol. EVRM.

Bovendien voorziet artikel 47quinquies Sv. in de context van de BOM-wetgeving eveneens slechts in een strafuitsluitende verschoningsgrond 'blijven vrij van straf'.

Er lijkt geen verantwoording te bestaan waarom voor het plegen van misdrijven in de context van de BOM-methoden slechts een strafuitsluitende verschoningsgrond zou gelden – met als gevolg dat de Belgische staat principieel wel burgerrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die

qu'une cause de justification s'appliquerait dans le contexte des tests de situation. La réglementation proposée ne semble donc pas être conforme au principe constitutionnel d'égalité (art. 10-11 de la Constitution).

Enfin, les causes de justification fonctionnent 'in rem', alors que les causes d'excuse absolutoires fonctionnent 'in personam'. Concrètement, cela a pour conséquence que la cause d'excuse absolutoire dans ces textes doit également être fixée pour les 'tiers' dont il est question dans le projet de § 6 de l'article 42/1 du CPS".

4.4. Bien que l'exposé des motifs de l'avant-projet se réfère à plusieurs reprises à l'avis du Conseil consultatif du droit pénal social, les observations qui y figurent ne sont nullement prises en considération. Plus spécifiquement, l'exposé des motifs repose encore toujours sur l'affirmation selon laquelle le casier judiciaire ferait mention de l'infraction pénale des inspecteurs sociaux qui sont exemptés de peine, bien que cette affirmation ne concorde pas avec l'article 590 du Code d'instruction criminelle.

4.5. En outre, l'avis cité fait également ressortir les questions que soulève le dispositif en projet au regard du principe constitutionnel d'égalité, consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi, on n'aperçoit pas comment il pourrait se justifier que les infractions pénales commises par les inspecteurs sociaux ne puissent plus être qualifiées de faute en droit civil, laquelle serait susceptible, si les conditions à cet effet sont remplies, d'entraîner la responsabilité de l'État belge.

On n'aperçoit pas non plus en quoi le dispositif relatif aux infractions visées, commises par les inspections sociales, diffère de dispositions légales comparables, comme l'article 47quinquies CIC précité, l'article XV.3, 9°, alinéa 3, du Code de droit économique ou l'article XV.17, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de ce même Code.

4.6. Ce n'est que s'il existe une justification qui réfute les objections précitées et justifie les différences de traitement que la disposition en projet pourra se concrétiser.

Article 5

5. Dans le texte néerlandais de l'article 42/1, § 6, alinéa 3, en projet, du Code pénal social, on écrira "het eerste lid" au lieu de "de eerste alinea".

Article 6

6. Dans l'article 42/2, en projet, du Code pénal social, on écrira "de la législation antidiscrimination et de ses arrêtés d'exécution" ("de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten") au lieu de "des législations anti-discrimination et de leurs arrêtés" ("de antidiscriminatiewetgevingen en zijn

door die misdrijven wordt aangericht – terwijl in de context van de praktijktesten een rechtvaardigingsgrond zou gelden. De voorgestelde regeling lijkt aldus ook niet in overeenstemming te zijn met het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gw.).

Tenslotte werken rechtvaardigingsgronden 'in rem', terwijl strafuitsluitende verschoningsgronden 'in personam' werken. Dit heeft concreet voor gevolg dat de strafuitsluitende verschoningsgrond in deze teksten ook dient te worden bepaald voor de 'derden' waarvan sprake is in de ontworpen § 6 van artikel 42/1 SSW."

4.4. Hoewel in de memorie van toelichting bij het voorontwerp meermaals wordt verwezen naar het advies van de Adviesraad van het sociaal strafrecht, wordt met deze opmerkingen geen rekening gehouden. In het bijzonder steunt de memorie van toelichting nog steeds op de bewering dat het strafregister melding zou maken van de strafrechtelijke inbreuk van de sociaal inspecteurs die vrij van straf blijven, hoewel deze bewering niet strookt met artikel 590 van het Wetboek van Strafvordering.

4.5. Bovendien blijken uit het geciteerde advies ook de vragen die de ontworpen regeling doet rijzen in het licht van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Zo is niet duidelijk op welke wijze verantwoord kan worden waarom de door de sociale inspecteurs gepleegde strafrechtelijke inbreuken niet langer als een fout op burgerrechtelijk vlak kunnen worden beschouwd die, indien daartoe de voorwaarden vervuld zijn, de aansprakelijkheid van de Belgische Staat met zich kan meebrengen.

Evenmin is duidelijk op welke wijze de regeling van de bedoelde inbreuken van de sociale inspecteurs zich onderscheidt van vergelijkbare wetsbepalingen, zoals het reeds vermelde artikel 47quinquies Sv., artikel XV.3, 9°, derde lid, van het Wetboek van economisch recht of artikel XV.17, eerste lid, tweede zin, van datzelfde wetboek.

4.6. Enkel indien een verantwoording voorhanden is die de hiervoor vermelde bezwaren weerlegt en de verschillen in behandeling verantwoordt, kan de ontworpen bepaling doorgang vinden.

Artikel 5

5. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 42/1, § 6, derde lid, van het Sociaal Strafwetboek schrijve men "het eerste lid" in plaats van "de eerste alinea".

Artikel 6

6. In het ontworpen artikel 42/2 van het Sociaal Strafwetboek schrijve men in de plaats van "de antidiscriminatiewetgevingen en zijn uitvoeringsbesluiten" ("des législations anti-discrimination et de leurs arrêtés") de woorden "de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten" ("de la législation

uitvoeringsbesluiten”). On se conformera ainsi à la formulation de l’article 42/1, § 1^{er}, du Code pénal social².

Le greffier,

Greet VERBERCKMOES

Le président,

Marnix VAN DAMME

antidiscrimination et de ses arrêtés d’exécution”). Aldus wordt ook aangesloten bij de formulering van artikel 42/1, § 1, van het Sociaal Strafwetboek².

De griffier,

Greet VERBERCKMOES

De voorzitter,

Marnix VAN DAMME

² En corrigeant certes la faute de langue figurant dans le texte néerlandais de l’article 42/1, § 1^{er}, du Code pénal social.

² Weliswaar met verbetering van de in de Nederlandse tekst van artikel 42/1, § 1, van het Sociaal Strafwetboek, vervatte taalfout.

PROJET DE LOI

PHILIPPE,

ROI DES BELGES,

À tous, présents et à venir,

SALUT.

Sur la proposition du ministre du Travail,

NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS:

Le ministre du Travail est chargé de présenter, en Notre nom, à la Chambre des représentants le projet de loi dont la teneur suit:

Article 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 74 de la Constitution.

Art. 2

Dans l'article 42/1, § 1^{er}, du Code pénal social, les mots "en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de data-matching" sont remplacés par les mots "en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching".

Art. 3

Dans l'article 42/1, § 3, du même Code, les modifications suivantes sont apportées:

1° dans l'alinéa 1^{er} les mots "Sont exemptés de peine" sont remplacés par les mots "Ne commettent pas d'infraction";

2° dans l'alinéa 2 les mots "ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils" sont supprimés;

3° dans l'alinéa 3 les mots "est exempté de peine" sont remplacés par les mots "ne commet pas d'infraction".

WETSONTWERP

FILIP,

KONING DER BELGEN,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen,

ONZE GROET.

Op de voordracht van de minister van Werk,

HEBBEN WIJ BESLOTEN EN BESLUITEN WIJ:

De minister van Werk is ermee belast in Onze naam bij de Kamer van volksvertegenwoordigers het ontwerp van wet in te dienen waarvan de tekst hierna volgt:

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 74 van de Grondwet.

Art. 2

In artikel 42/1, § 1, van het Sociaal Strafwetboek worden de woorden "bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een onderbouwde klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching" vervangen door de woorden "bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching".

Art. 3

In artikel 42/1, § 3, van hetzelfde Wetboek worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in het eerste lid worden de woorden "Blijven vrij van straf" vervangen door de woorden "Plegen geen strafbaar feit";

2° in het tweede lid worden de woorden "mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en" opgeheven;

3° in het derde lid worden de woorden "Blijft vrij van straf" vervangen door de woorden "Pleeft geen strafbaar feit".

Art. 4

Dans l'article 42/1, § 5, alinéa 2, du même Code, les mots "et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon" sont remplacés par les mots "et si ces constats ne peuvent, compte tenu du principe de proportionnalité, être faits par d'autres moyens".

Art. 5

L'article 42/1 du même Code est complété par le paragraphe 6 rédigé comme suit:

"§ 6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

La personne visée à l'alinéa précédent est également soumise à l'obligation de l'article 42/1, § 5.

Le Roi fixe par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1^{er}.

Art. 6

Dans le livre 1^{er}, titre 1^{er}, section 2/1 du même Code, il est inséré un article 42/2 rédigé comme suit:

"Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la législation anti-discrimination et de ses arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables pénalement, sont interdits par ces lois."

Donné à Bruxelles, le 23 janvier 2022.

PHILIPPE

PAR LE ROI:

Le ministre du Travail,

Pierre-Yves DERMAGNE

Art. 4

In artikel 42/1, § 5, tweede lid, van hetzelfde Wetboek worden de woorden "en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren" vervangen door de woorden "en indien deze vaststellingen, rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel, niet op een andere manier kunnen gebeuren".

Art. 5

Artikel 42/1 van hetzelfde Wetboek wordt aangevuld met een paragraaf 6, luidende:

"§ 6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De in het vorige lid bedoelde persoon is eveneens onderworpen aan de verplichting van artikel 42/1, § 5.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste lid.

Art. 6

In boek 1, titel 1, afdeling 2/1 van hetzelfde Wetboek wordt een artikel 42/2 ingevoegd, luidende:

"De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetgeving."

Gegeven te Brussel, 23 januari 2022.

FILIP

VAN KONINGSWEGE:

De minister van Werk,

Pierre-Yves DERMAGNE

COORDINATION DES ARTICLES

TEXTE ACTUEL

Art. 42/1. § 1^{er}. En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

§ 3. Sont exemptés de peine, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.

Le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au paragraphe 1^{er}, est exempté de peine.

§ 5. La personne ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

La méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques qu'on puisse qualifier de discrimination directe ou indirecte.

TEXTE RÉVISÉ

Art. 42/1. § 1^{er}. En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

§ 3. Ne commettent pas d'infraction, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

Ces faits punissables (...) doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.

Le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au paragraphe 1^{er}, ne commet pas d'infraction.

§ 5. La personne ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

La méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels et si ces constats ne peuvent, compte tenu du principe de proportionnalité, être faits par d'autres moyens. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques qu'on puisse qualifier de discrimination directe ou indirecte.

§ 6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

La personne visée à l'alinéa précédent est également soumise à l'obligation de l'article 42/1, § 5.

Le Roi fixe par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1^{er}.

Art. 42/2. Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la législation anti-discrimination et de ses arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables pénalement, sont interdits par ces lois.

COÖRDINATIE VAN DE ARTIKELEN

HUIDIGE TEKST

Art. 42/1. § 1. Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

§ 3. Blijven vrij van straf, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.

Blijft vrij van straf de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1.

§ 5. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan, mogen niet worden geprovoceerd in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De opsporingsmethode moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

AANGEPASTE TEKST

Art. 42/1. § 1. Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

§ 3. Plegen geen strafbaar feit, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

Die strafbare feiten (...) moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.

Pleeft geen strafbaar feit de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1.

§ 5. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan, mogen niet worden geprovoceerd in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De opsporingsmethode moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen, rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel, niet op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

§ 6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De in het vorige lid bedoelde persoon is eveneens onderworpen aan de verplichting van artikel 42/1, § 5.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste lid.

Art. 42/2. De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetgeving.



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 74/2021 du 21 mai 2021

Objet : Avis relatif à un avant-projet de loi *modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination* (CO-A-2021-073)

L'Autorité de protection des données (ci-après l' "Autorité") ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après "la LCA") ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données, ci-après "le RGPD") ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande d'avis de Monsieur Pierre-Yves Dermagne, Vice-premier Ministre et Ministre de l'Économie et du Travail, reçue le 31/03/2021 ;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspar, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données ;

Émet, le 21 mai 2021, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le 31/03/2021, Monsieur Pierre-Yves Dermagne, Vice-premier Ministre et Ministre de l'Économie et du Travail (ci-après : le demandeur), a sollicité l'avis de l'Autorité sur un avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du *Code pénal social* concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination (ci-après : le projet).
2. Dans ce cadre, l'Autorité renvoie à l'avis conjoint n° 33/2021 *sur la proposition de loi modifiant le Code pénal social en vue d'attribuer aux inspecteurs sociaux un pouvoir supplémentaire afin de permettre la détection proactive de certaines formes de discrimination sur le marché de l'emploi (CO-A-2021-017) et la proposition de loi modifiant le Code pénal social en ce qui concerne les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination (CO-A-2021-018)*¹ dans lequel elle a déjà estimé que la modification de l'article 42/1 du *Code pénal social*, telle qu'elle est également proposée dans le cas présent, ne donne lieu à aucune remarque particulière concernant le traitement de données à caractère personnel.
3. Le projet vise ainsi la modification de l'article 42/1 du *Code pénal social* qui définit les modalités de recours aux *mystery calls*². Une telle modification s'impose étant donné que la pratique a montré que le libellé actuel de l'article 42/1 du *Code pénal social* compliquait de manière disproportionnée le recours aux *mystery calls*. Pour de plus amples explications en la matière, l'Autorité renvoie aux points 3 - 7 de l'avis conjoint n° 33/2021.

II. EXAMEN QUANT AU FOND

4. L'article 42/1 du *Code pénal social* est modifié comme suit :
"§ 1^{er}. En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.
§ 2. Sans préjudice du paragraphe 3, il est interdit aux inspecteurs sociaux chargés d'exécuter les pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1^{er}, de commettre des faits punissables dans le cadre de leur mission.

¹ Consultable via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-33-2021.pdf>.

² D'après l'article 42/1 du *Code pénal social*, le *mystery calling* ou *shopping* est la possibilité pour les inspecteurs sociaux de se présenter dans certains cas comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a été ou est commise.

*§ 3. **Ne commettent pas d'infraction**, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.*

Ces faits punissables ~~ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils~~ doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.

Le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au paragraphe 1^{er}, ne commet pas d'infraction.

§ 4. Il ne peut être procédé à l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1^{er}, qu'après l'accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. Cet accord a trait également aux faits punissables absolument nécessaires et à l'autorisation de ceux-ci, comme visés au § 3.

Toutes les actions entreprises lors de la recherche et leurs résultats doivent être consignés dans un rapport et communiqués à l'auditeur du travail ou au procureur du Roi.

§ 5. La personne ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

*La méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels et si ces constats ne peuvent **raisonnablement** être faits par d'autres moyens. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques qu'on puisse qualifier de discrimination directe ou indirecte.*

§ 6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission. Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1^{er}.

5. L'Autorité constate que les modifications proposées des paragraphes 1^{er}, 3 et 5 de l'article 42/1 du *Code pénal social* ne diffèrent pas intrinsèquement des modifications déjà soumises pour avis conformément à la proposition de loi *modifiant le Code pénal social en ce qui concerne les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination*. Dès lors, l'Autorité remarque que ces modifications n'ont pas d'incidence importante sur le traitement de données qui a lieu dans le cadre du recours aux *mystery calls*, conformément à l'article 42/1 du *Code pénal social*. En effet, les éléments essentiels du traitement de données en

question demeurent inchangés. En ce qui concerne en particulier la limitation des droits des personnes concernées, conformément à l'article 23 du RGPD, l'Autorité prend acte des articles 100/14, 100/15, 100/16 et 100/17 du *Code pénal social*.

6. Conformément à l'article 5 du projet, l'article 42/1 du *Code pénal social* est complété par un paragraphe 6³ qui permet le recours à des tiers lors des tests de discrimination, si cela s'avère nécessaire à la réussite de la mission des inspecteurs sociaux. Le deuxième alinéa du projet de paragraphe 6 dispose que les cas, conditions et modalités de cette compétence sont fixés par le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres.
7. À cet égard, le demandeur attire l'attention sur l'article 47^{quinquies}, § 2 et § 3 du *Code d'instruction criminelle* qui, dans le cadre des méthodes particulières de recherche, dispose qu'il est possible de recourir, au besoin, à des tiers (toute personne autre qu'un fonctionnaire de police) sans devoir en informer au préalable le procureur du Roi. Le demandeur précise qu'il est étrange que la législation relative aux tests de discrimination soit plus stricte et moins flexible que la législation relative aux méthodes particulières de recherche à cet égard.
8. L'Autorité en prend acte mais rappelle que conformément à l'article 23 de la LCA, l'arrêté d'exécution tel que visé dans le projet d'article 42/1, § 6, 2^e alinéa du *Code pénal social* doit lui être soumis pour avis.

**PAR CES MOTIFS,
l'Autorité**

ne formule aucune remarque sur le projet, étant donné qu'en tant que tel, il n'a pas d'incidence substantielle sur le traitement de données à caractère personnel sous-jacent.

À titre subsidiaire, elle rappelle que conformément à l'article 23 de la LCA, l'arrêté d'exécution tel que visé dans le projet d'article 42/1, § 6, 2^e alinéa du *Code pénal social* doit lui être soumis pour avis.



Alexandra Jaspar
Directrice du Centre de Connaissances



³ Voir ci-dessus le point 4.



A V I S N° 2.248

Séance du mardi 26 octobre 2021

Pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination

x

x

x

3.217

Av. de la Joyeuse Entrée, 17-21 - 1040 Bruxelles
Tel: 02 233 88 11 - Fax: 02 233 89 38 - E-mail: cntgreffe-nargriffie@cnt-nar.be - Website: www.cnt-nar.be

AVIS N° 2.248

Objet : Pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination

Par courriel du 13 janvier 2021, madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions de la Chambre des représentants, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur les propositions de lois n° 127, n° 1023/1 à 3 et n° 1457 qui concernent les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Par lettre du 18 mars 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

L'examen de ces demandes d'avis a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport de cette commission, les organisations représentées au sein du Conseil ont émis, le 26 octobre 2021, l'avis unanime suivant.

x x x

- 2 -

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

I. OBJET ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS

A. Demande d'avis du Parlement

Par courriel du 13 janvier 2021, madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions de la Chambre des représentants, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur les propositions de lois n° 127, n° 1023/1 à 3 et n° 1457 qui concernent les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Par lettre du 19 février 2021, le Conseil a fait savoir à madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions, qu'il attend l'initiative du gouvernement en ce qui concerne le système existant des tests de situation avant de se prononcer sur les propositions de lois soumises pour avis.

B. Demande d'avis du ministre du Travail

Par lettre du 18 mars 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

L'article 42/1 a été inséré dans le Code pénal social par la loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi. Cet article permet aux inspecteurs sociaux de réaliser des tests de situation anonymes (« mystery calls ») afin de détecter la discrimination, moyennant le respect d'un certain nombre de conditions strictes. Selon l'exposé des motifs, ces compétences particulières sont octroyées aux inspecteurs sociaux afin d'apporter plus facilement la preuve de la commission d'infractions discriminatoires. Contrairement au droit civil, il faut, en droit pénal, prouver l'intention délictueuse de l'auteur d'une infraction discriminatoire.

Avis n° 2.248

- 3 -

Dans la demande d'avis, il est précisé que l'avant-projet de loi vise à modifier l'article 42/1 du Code pénal social en vue de remédier à certaines entraves, afin que l'application de tests de situation devienne un instrument plus efficace de lutte contre la discrimination.

L'avant-projet de loi a également été soumis pour avis au Conseil consultatif du droit pénal social, à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et à l'Autorité de protection des données. Le Conseil consultatif du droit pénal social s'est prononcé dans son avis n° 2021/001 du 9 avril 2021. L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes s'est prononcé dans son avis n° 2021-A/0011. L'Autorité de protection des données s'est prononcée dans son avis n° 33/2021 du 18 mars 2021 et dans son avis n° 74/2021 du 21 mai 2021.

II. POSITION DU CONSEIL

Le présent avis apporte une réponse aux deux demandes d'avis.

A. Considérations générales

1. La promotion de la diversité sur le lieu de travail et la lutte contre la discrimination font, depuis de nombreuses années, l'objet d'une attention particulière de la part des partenaires sociaux.

Le Conseil constate par conséquent avec regret qu'un certain nombre de groupes de la société restent sur la touche en matière d'emploi. Il s'agit notamment des personnes issues de l'immigration, des personnes en situation de handicap, des personnes âgées, des femmes, des personnes peu qualifiées, etc.

Le Conseil renvoie en particulier aux résultats du monitoring socio-économique de ces dernières années. Bien que les chiffres traduisent une évolution positive ces dernières années, les personnes d'origine étrangère restent toujours plus souvent sur la touche que les personnes d'origine belge. À ce rythme, il faudra encore des décennies avant d'atteindre un nombre proportionnel de personnes d'origine étrangère au travail en Belgique. Les opportunités sur le marché du travail y sont encore largement déterminées par l'origine. Cette situation est inacceptable au cœur de l'UE, dans un pays qui possède une longue tradition de concertation sociale et qui dispose d'une bonne législation antidiscrimination.

Avis n° 2.248

- 4 -

Il est toutefois possible de s'attaquer à cette problématique. La pénurie de main-d'œuvre se présente à cet égard comme une opportunité de mettre au travail davantage de personnes issues de groupes à risque. Si nous souhaitons donner un coup de pouce supplémentaire à cette évolution positive, il convient de réfléchir à des solutions constructives visant à mieux faire correspondre l'offre et la demande dans cette partie du marché du travail. Le Conseil continue de plaider dans ce cadre pour une approche positive afin de promouvoir la diversité sur le lieu de travail, de sorte que les compétences et les talents disponibles sur le marché du travail belge soient effectivement valorisés.

2. La discrimination est un problème sociétal qui ne se limite pas au marché du travail.

Des rapports successifs concernant le monitoring socioéconomique ont révélé que les raisons du faible taux d'emploi des personnes issues de l'immigration sont variées.

L'hypothèse selon laquelle cette problématique pourrait être réduite à la discrimination sur le marché du travail n'est ni correcte, ni efficace.

3. Lorsqu'il est possible qu'il soit question de discrimination, il faut privilégier les solutions extrajudiciaires, dans le cadre desquelles on tente de trouver une solution par la médiation. Abstraction faite des cas flagrants de discrimination, qui font l'objet d'une poursuite pénale, cette approche donne à la victime la possibilité d'être entendue et accroît la prise de conscience de l'employeur, afin d'éviter la répétition du comportement discriminatoire, voire même d'adapter la politique. Cette approche augmente donc les chances de trouver une solution structurelle, et contribue ainsi à une approche préventive de la discrimination.
4. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 janvier 2018, il apparaît que l'application des mystery calls a généré très peu de résultats dans la lutte contre la discrimination sur le marché du travail, entre autres parce que les conditions cumulatives qu'il faut remplir pour y avoir recours sont trop complexes. Le gouvernement fédéral souhaite dès lors adapter le cadre légal, de sorte que les tests de situation puissent également être un instrument dans la lutte contre la discrimination.

Avis n° 2.248

- 5 -

Le Conseil remarque qu'il faut veiller à ce que l'application des tests de situation n'entraîne pas d'effets non désirés pour le groupe cible pour lequel les mesures sont prises. L'utilisation ponctuelle de faux CV dans le cadre d'un test de situation autorisé par l'auditeur du travail peut avoir pour conséquence que des entreprises se montrent davantage formalistes dans le processus de recrutement, par exemple en exigeant systématiquement une copie du diplôme, ou qu'elles partent du principe qu'il s'agit d'une candidature fictive si, par exemple, le candidat est introuvable sur Internet. Les membres du Conseil soulignent le fait qu'ils partent du principe qu'en matière de recrutement, les entreprises élaborent une approche bien développée qui garantit des chances équitables à chaque candidat.

5. Il est possible qu'une entreprise – qui a défini et mis en place une politique antidiscrimination explicite – puisse, à l'insu des organes d'administration et de gestion, être malgré tout confrontée à un travailleur qui commet des actes discriminatoires à l'encontre de collègues ou de candidats. Le Conseil estime qu'il est par conséquent important que les entreprises élaborent et mettent en place une politique antidiscrimination effective.
6. Le Conseil souligne l'importance de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne l'administration de la preuve des infractions à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution. Le résultat d'un test de situation est considéré comme une présomption en matière de force probante. Le Conseil remarque que, sur le plan pénal, il faut prouver l'intention pour les infractions discriminatoires.

Dans les procédures civiles, il est admis qu'un test de situation est une manière de faire naître la présomption de discrimination, après quoi il appartient à l'employeur de démontrer qu'il n'a pas discriminé. Dans les procédures pénales, la charge de la preuve incombe toutefois entièrement au ministère public (en raison de l'exigence d'intentionnalité).

7. Le Conseil constate qu'en ce qui concerne les tests de situation, diverses initiatives ont été prises à différents niveaux de pouvoir. Il est difficile pour les entreprises de conserver une vue d'ensemble. Il est dès lors également très compliqué pour les victimes de trouver le bon point de contact ou le bon motif. Pour cette raison, le Conseil demande d'assurer la cohérence et la coordination entre les différents systèmes.

Avis n° 2.248

- 6 -

8. Le Conseil rappelle ses travaux concernant la promotion de la diversité sur le lieu de travail et la lutte contre la discrimination. Ainsi, il a récemment publié la brochure « Favoriser la diversité et l'égalité dans le recrutement ». ¹

Le but de ce guide pratique est de fournir aux secteurs et aux entreprises un certain nombre d'informations, de grilles d'analyse, d'outils et d'exemples concrets leur permettant de mener une politique de recrutement non discriminatoire et d'appliquer des pratiques de recrutement objectives qui conduisent à une plus grande diversité au sein des secteurs et des entreprises.

En effet, il ressort du monitoring socioéconomique que, dans certains cas, il est question de discrimination, mais que l'employeur n'en est généralement pas conscient. Il s'agit en d'autres termes d'un processus inconscient, dans lequel l'employeur recherche involontairement un candidat à son image ou un « profil parfait », sans se rendre compte que cela peut aboutir à une discrimination.

Une politique antidiscrimination réussie contribue à enrayer ce processus et à inciter l'employeur et ses collaborateurs à mener une politique de recrutement diversifiée. Cela permet non seulement d'éviter la discrimination, mais aussi d'améliorer le recrutement par l'employeur et le fonctionnement des entreprises. Cette brochure tente de sensibiliser les employeurs à ce sujet.

B. Considérations du Conseil sur la base d'une analyse de l'avant-projet de loi

1. Protection des droits fondamentaux

Le Conseil remarque tout d'abord qu'en ce qui concerne les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, le texte de loi doit contenir suffisamment de conditions et de garanties contre les effets non désirés.

Il est important que les travailleurs et les employeurs aient confiance dans l'action des inspecteurs sociaux dans le cadre de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution. Leur indépendance doit également être garantie. Le Conseil renvoie à cet égard à la convention n° 81 de l'OIT sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, qui a été ratifiée par la Belgique.

¹ Avis n° 2.163 du 28 avril 2020 : <http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-2163.pdf>

- 7 -

Le Conseil souscrit au maintien de la condition d'un accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. En effet, les inspecteurs sociaux réclament ce cadre.

2. Conditions pour utiliser les tests de situation

Le Conseil constate que l'article 2 de l'avant-projet de loi remplace, dans l'article 42/1, § 1^{er} du Code pénal social, les mots « en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching » par les mots « en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching ».

En ce qui concerne les termes « indications objectives », le Conseil se rallie à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social², dans lequel il est signalé qu'il faut éviter d'ouvrir une enquête sur la seule base de la « présomption d'une discrimination encore à commettre », ce qui reviendrait à une « pêche aux informations » interdite. Il doit dès lors y avoir des indications objectives pour pouvoir ouvrir une enquête.

Par conséquent, les indications objectives doivent être suffisamment claires et étayées pour pouvoir soupçonner l'existence d'un problème de discrimination. Le Conseil consultatif du droit pénal social propose dès lors que l'exposé des motifs donne des exemples (non exhaustifs) d'« indications objectives ». Il est également signalé dans l'avis qu'au moyen de quelques exemples, on donne une orientation concernant ce qui est acceptable comme « indication objective ». Cela permet ainsi d'éviter (en partie) de futures discussions.

3. Commettre des infractions

Le Conseil constate que l'article 3 modifie l'article 42/1, § 3, premier alinéa du Code pénal social comme suit : « Ne commettent pas d'infractions, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. »

² Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, p. 7.

- 8 -

Le Conseil juge que cet alinéa entraîne des problèmes d'interprétation et demande que le texte de loi soit rédigé plus clairement.

En ce qui concerne les infractions que les inspecteurs sociaux peuvent commettre dans le contexte des tests de situation, le Conseil demande d'élaborer un cadre au niveau du ministère public conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social. Afin d'assurer la transparence et la prévisibilité, il est également demandé de soumettre ce cadre aux partenaires sociaux.

Conformément au droit commun, un employeur de bonne foi qui a subi un préjudice à la suite d'un test de situation doit avoir la possibilité d'utiliser les voies de recours afin de pouvoir, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts aux autorités, s'il apparaît qu'il n'y a pas eu de discrimination.

4. Application du principe de subsidiarité

Le Conseil constate que l'article 4 de l'avant-projet de loi remplace, dans l'article 42/1, § 5, deuxième alinéa du Code pénal social, les mots « et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon » par les mots « et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faites par d'autres moyens ».

Le Conseil est d'avis que l'ajout du terme « raisonnablement » dans un texte de loi est une source de confusion et entraîne des problèmes d'interprétation. Compte tenu du risque de provocation, des raisons suffisantes, pertinentes et objectives sont nécessaires. Le Conseil souscrit dès lors à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social³, dans lequel il est précisé qu'au lieu d'utiliser un nouveau terme, « raisonnablement », il serait plus indiqué d'intégrer explicitement le principe de proportionnalité dans le texte.

³ Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, pp. 10-11.

- 9 -

5. Recours à des tiers

En ce qui concerne la possibilité, introduite par l'avant-projet de loi, de recourir à des tiers lors de l'application des tests de situation, le Conseil propose de prévoir un cadre conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social. Comme indiqué dans le commentaire des articles de l'avant-projet de loi, les actions accomplies par des tiers ont trait aux travaux préparatoires (par exemple, la rédaction d'un CV). De plus, l'interdiction de la provocation doit également s'appliquer aux tiers. Conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, il faut encore ajouter que ces tiers sont soumis aux mêmes obligations, par exemple en matière de discrétion, que les inspecteurs sociaux.

Enfin, le Conseil demande à être consulté sur le projet d'arrêté royal relatif à l'élaboration concrète des actions que les tiers pourront accomplir dans le cadre de cette législation.

Avis n° 2.248

SPF JUSTICE
Conseil consultatif du droit pénal social

AVIS n° 2021/001
du 9 avril 2021

traduction de l'avis signé le 9 avril 2021

**Avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social
concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière
de constatations relatives à la discrimination**

Boulevard de Waterloo, 115 – 1000 Bruxelles
Secrétaire: madame Marie Debauche, secrétaire adjointe : madame Murielle Fabrot
Tel: 02 542 79 82 ; 02 233 44 81
e-mail: marie.debauche@just.fgov.be , murielle.fabrot@emploi.belgique.be

1.- Avis demandé par le Ministre du Travail

1.1- La demande d'avis

En application de l'article 97 du Code pénal social, le Conseil consultatif du droit pénal social est amené à donner son avis en urgence sur demande datée du 18 mars 2021 et émanant du Ministre du Travail, monsieur Pierre-Yves Dermagne.

L'avis du Conseil est demandé sur l'avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social intitulé « Les pouvoirs particuliers en matière de discrimination » qui contient 4 articles qui apportent des modifications à l'article 42/1 précité.

La demande d'avis ne contient pas de motivation de l'urgence.

Le Conseil consultatif a utilisé la procédure écrite prévue par l'article 8 de l'arrêté royal du 7 juin 2011 déterminant la composition et le fonctionnement du Conseil consultatif du droit pénal social et fixant la date d'entrée en vigueur des articles 96, 97 et 98 du Code pénal social, afin de rendre son avis en urgence.

Le Conseil attire l'attention sur la brièveté du délai dans lequel il doit émettre cet avis et souligne que ces conditions peuvent constituer un obstacle à la qualité de son travail.

1.2.- Texte modifié par le projet de loi soumis pour avis

Le texte soumis pour avis modifie l'article 42/1 du Code pénal social, inséré dans le Code précité par la loi du 15 janvier 2018.

L'article 42/1 du Code pénal social contient la disposition suivante :

Art. 42/1. Les pouvoirs particuliers en matière de discrimination

§ 1er. En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

§ 2. Sans préjudice du paragraphe 3, il est interdit aux inspecteurs sociaux chargés d'exécuter les pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1er, de commettre des faits punissables dans le cadre de leur mission.

§ 3. Sont exemptés de peine, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en oeuvre et ils doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.

Le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au paragraphe 1er, est exempté de peine.

§ 4. Il ne peut être procédé à l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1er, qu'après l'accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. Cet accord a trait également aux faits punissables absolument nécessaires et à l'autorisation de ceux-ci, comme visés au § 3.

Toutes les actions entreprises lors de la recherche et leurs résultats doivent être consignés dans un rapport et communiqués à l'auditeur du travail ou au procureur du Roi.

§ 5. La personne ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

La méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques qu'on puisse qualifier de discrimination directe ou indirecte. ».

1.3.- Le texte soumis pour avis

Le texte soumis pour avis qui modifie l'article 42/1 du Code pénal social est rédigé comme suit :

Art. 2. Dans l'article 42/1, §1er, du Code pénal social, les mots " en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte étayée ou d'un" en présence d'objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund

signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching » sont remplacés par les mots « en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching ».

Art. 3. Dans l'article 42/1, §3, du même Code, les modifications suivantes sont apportées :

1° dans l'alinéa 1^{er} les mots "Sont exemptés de peine » sont remplacés par les mots « Ne commettent pas d'infraction » ;

2° dans l'alinéa 2 les mots « ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils » sont supprimés ;

3° dans l'alinéa 3 les mots "est exempté de peine » sont remplacés par les mots « ne commet pas d'infraction ».

Art. 4. Dans l'article 42/1, §5, alinéa 2, du même Code, les mots « et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon » sont remplacés par les mots « et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faites par d'autres moyens. ».

Art. 5. L'article 42/1 du même Code est complété par le paragraphe 6 rédigé comme suit :

« §6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1er. ».

door resultaten van datamining en datamatching' vervangen door de woorden "bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching".

Art. 3. In artikel 42/1, §3, van hetzelfde Wetboek worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in het eerste lid 1 worden de woorden "Blijven vrij van straf" vervangen door de woorden "Plegen geen strafbaar feit";

2° in het tweede lid worden de woorden "mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en" opgeheven;

3° in het derde lid worden de woorden "Blijft vrij van straf" vervangen door de woorden "Pleegt geen strafbaar feit".

Art. 4. In artikel 42/1, §5, tweede lid, van hetzelfde Wetboek worden de woorden "en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren" vervangen door de woorden "en indien deze vaststellingen niet redelijkerwijs op een andere manier kunnen gebeuren".

Art. 5. Artikel 42/1 van hetzelfde Wetboek wordt aangevuld met een paragraaf 6, luidende:

"§6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste alinea."

1.4.- Explications trouvées dans l'exposé des motifs sur les raisons des modifications apportées à l'article 42/1 du Code pénal social

L'exposé des motifs contient les explications suivantes pour justifier les modifications proposées :

- La modification de l'article 42/1 du Code pénal social vise à remédier à certaines entraves, afin que l'application de tests de discrimination devienne un instrument efficace de lutte contre la discrimination.
- La pratique a montré la nécessité d'adapter certaines dispositions de cette législation afin que les compétences spécifiques puissent être appliquées plus efficacement.
- Par exemple, il est apparu qu'il n'est pas possible que chaque intervention d'un inspecteur social à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soit soutenue par des datamining et datamatching. Actuellement, les données pour le datamining et le datamatching sont très dispersées. De plus, le système est encore dans sa phase embryonnaire. Par ailleurs, le datamining au niveau fédéral est limité car il n'existe pas de données gouvernementales sur la phase précontractuelle. En outre, il s'agit de données personnelles extrêmement délicates, notamment l'origine et le genre.
- Des mots de l'article 42/1, § 3, alinéa 2, du Code pénal social, à savoir "Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre" ne sont pas nécessaires sur le plan juridique. Une telle disposition rend en effet le recours aux tests de discrimination impossible pour les inspecteurs sociaux pour constater des infractions en matière de discrimination. La disposition est basée sur la législation concernant les méthodes particulières de recherche et sur les faits punissables que peuvent commettre des agents de police lors de la recherche d'actes de terrorisme ou de criminalité grave. Ces dispositions pénales sont toutefois d'un tout autre ordre que celles relatives à la discrimination. Dès lors, elles ne sont pas transposables à ce contexte.
- Les peines prévues pour la discrimination sont moins lourdes que celles prévues pour les auteurs des infractions qui doivent nécessairement être commises pour pouvoir détecter les discriminations à l'aide des tests de discrimination. Si l'on veut que les inspecteurs puissent plus facilement recourir aux tests de discrimination sans s'exposer à des poursuites pénales, il convient de supprimer cette disposition de l'alinéa deux.

2.- Avis du Conseil consultatif

2.1.- Prévenir la recherche proactive (interdiction de la « pêche aux renseignements ») – article 42/1, §1er du CPS

La modification proposée de l'article 42/1, §1er doit veiller à prévenir la recherche proactive.

La version actuelle est libellée comme suit:

"En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir, en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise."

La version proposée est libellée comme suit:

"En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir en présence d'indications objectives de discrimination ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise."

Dans le cas présent, les conjonctions « ou » sont importantes.

En effet, dans la version actuelle, la partie de phrase suivante constitue un tout: « *en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching* ». Ce tout indique qu'il doit s'agir d'indications permettant de viser des faits de discrimination pouvant être délimités dans le temps et dans l'espace.

Toutefois, dans la version modifiée, on obtient en fait trois segments ou motifs distincts sur la base desquels une enquête peut être ouverte. Deux d'entre eux sont toujours définissables dans le temps et dans l'espace:

- *à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement;*
- *sur la base de résultats de datamining et de datamatching.*

Ce constat ne vaut toutefois plus pour *'en présence d'indications objectives de discrimination'*. Par l'utilisation de la conjonction « ou », cet élément devient autonome et peut également être interprété sous un angle proactif. Force est toutefois de constater que la frontière devient assez ténue.

Il faut éviter qu'une enquête soit ouverte uniquement sur la base d'une « suspicion de discrimination commise ou à commettre », ce qui équivaldrait à une pêche aux renseignements interdite. Les indications objectives doivent par conséquent être suffisamment claires et étayées pour rendre plausible l'existence d'un problème de discrimination.

Il est donc souhaitable que l'exposé des motifs cite des exemples (non exhaustifs) de telles « indications objectives ». Il convient de noter que l'exposé des motifs initial de la loi du 15 janvier 2018 qui a institué le système, en dit également très peu à ce sujet. Le fait de citer quelques exemples permet de donner une certaine orientation quant à ce qui est acceptable comme « indication objective ». Ceci permettra d'éviter (en partie) des discussions futures.

2.2.- Le devoir de discrétion de l'article 59 du CPS et l'article 42/1 du CPS

En ce qui concerne le devoir de discrétion légal et ancré dans le droit international des inspecteurs sociaux, voir article 15(c) de la Convention sur l'inspection du travail de 1947 (Convention OIT n° 81), sur lequel se base l'article 59 du Code pénal social.

L'article 59 du CPS dispose :

« Sauf autorisation expresse de l'auteur d'une plainte ou d'une dénonciation relative à une infraction aux dispositions de la législation dont ils exercent la surveillance, les inspecteurs sociaux ne peuvent révéler en aucun cas, même devant les tribunaux, le nom de l'auteur de cette plainte ou de cette dénonciation. Il leur est également interdit de révéler à l'employeur ou à son représentant qu'il a été procédé à une enquête à la suite d'une plainte ou d'une dénonciation. »

A l'égard du point de rattachement d'une plainte ou d'un signalement, la combinaison du nouvel article 42/1 de l'avant-projet et de l'article 59 génère une situation qu'il faudra suivre de manière stricte.

En effet, lors du contrôle *a posteriori* de la licéité de cette méthode de recherche, dont il est question à l'article 42/1, §4, alinéa 2 du CPS, l'inspecteur social devra veiller à ne pas mentionner le nom du plaignant ou de la personne qui a effectué une dénonciation dans le rapport à l'auditeur du travail ou au procureur du Roi (cf. art. 59, alinéa premier du CPS). Par ailleurs, le Ministère public devra veiller à ce que ce rapport ne soit pas communiqué à l'employeur ou à son représentant, afin de respecter l'article 59, alinéa 2 du CPS.

Il est vrai que l'art. 15(c) de la Convention n° 81 offre la possibilité de prévoir des exceptions à ce principe dans le droit national. La question se pose toutefois de savoir comment une exception légale à ce devoir de discrétion pourrait garantir la protection du lanceur d'alerte souhaitée par la Convention de l'OIT. A cela s'ajoute que, lorsque le plaignant ou la personne qui effectue une dénonciation est un travailleur, celui-ci se trouve toujours dans une position de faiblesse au niveau socio-économique.

2.3.- La cause de justification de la modification de l'article 42/1, §3, alinéas 1er et 3 du CPS

La cause d'excuse absolutoire actuelle de l'article 42/1, § 3, alinéas 1er et 3 du Code pénal social « *sont exemptés de peine* » est modifiée en une cause de justification (autorisation légale): « *ne commettent pas d'infraction* ».

La *ratio* invoquée pour ce faire est la suivante: « *S'ils sont seulement exemptés de peine, cela signifie qu'ils sont toujours réputés avoir commis une infraction criminelle. Bien qu'ils ne soient pas sanctionnés, cela peut figurer dans leur casier judiciaire.* ». Cette motivation n'est toutefois pas correcte. L'application d'une cause d'excuse aboutit, en fonction de la nature de la cause d'excuse, à la non-recevabilité de l'action publique ou à l'acquittement (déclaration de non-culpabilité). Les délits excusés ne figurent en aucun cas dans le casier judiciaire.

Le passage à une cause de justification a toutefois pour conséquence que l'infraction ne doit plus être considérée comme une faute y compris sur le plan civil, ce qui implique notamment que, par exemple, l'Etat belge ne pourrait plus être tenu responsable du préjudice causé à des employeurs totalement de bonne foi qui auraient subi un préjudice à la suite d'un test de situation portant sur la discrimination. On peut douter qu'une telle impossibilité d'obtenir un dédommagement soit totalement conforme à l'article 1er, Premier Protocole, CEDH.

De plus, l'article 47^{quinquies} du CIC prévoit, dans le contexte de la législation sur les méthodes particulières de recherche (MPR), lui aussi uniquement une cause d'excuse absolutoire « *sont exemptés de peine* »."

Il semble n'exister aucune justification pour que la commission d'infractions dans le cadre des MPR ne se verrait appliquer qu'une cause d'excuse absolutoire - avec pour conséquence qu'en principe, l'État belge puisse être tenu civilement responsable des préjudices causés par ces infractions - alors qu'une cause de justification s'appliquerait dans le contexte des tests de situation. La réglementation proposée ne semble donc pas être conforme au principe constitutionnel d'égalité (art. 10-11 de la Constitution).

Enfin, les causes de justification fonctionnent « in rem », alors que les causes d'excuse absolutoires fonctionnent « in personam ». Concrètement, cela a pour conséquence que la cause d'excuse absolutoire dans ces textes doit également être fixée pour les « tiers » dont il est question dans le projet de §6 de l'article 42/1 du CPS.

2.4.- L'abrogation de la limite au type d'infractions qui peuvent être commises – la proposition de modification de l'article 42/1, §3, alinéa 2 du CPS

Le projet de version de l'article 42/1, § 3, alinéa 2 du CPS, supprime également la restriction selon laquelle le Ministère public ne pourrait pas autoriser la commission de faits passibles de sanctions plus lourdes que l'infraction de discrimination et, ce, dans le but de pouvoir constater l'infraction de discrimination.

L'exposé le justifie principalement en faisant référence au *délit de faux en écriture*, qui est inévitable dans le contexte des tests de situation portant sur la discrimination (ex. l'envoi de CV fictifs, l'utilisation de faux noms), et qui est passible d'une peine plus lourde que de nombreuses formes de discrimination. Bien que cette *ratio* puisse être considérée comme objective et pertinente, une suppression totale de la liste des infractions que les inspecteurs sociaux peuvent commettre n'est nullement *nécessaire* pour réaliser cette *ratio*. En effet, cette *ratio* pourrait également être réalisée en travaillant avec une liste limitative d'infractions que les inspecteurs sociaux sont autorisés à commettre dans le contexte des tests de situation portant sur la discrimination. En d'autres termes, la proposition d'abrogation totale de cette limite semble contraire au principe de proportionnalité.

Dans ce cadre, il convient également de souligner que, dans son avis portant sur le projet d'article 47^{quinquies} du CIC, le Conseil d'Etat s'était montré très critique quant au fait de travailler avec une liste ouverte d'infractions pour lesquelles une autorisation pourrait être accordée et *a fortiori* a rejeté l'absence de toute limite légale aux infractions pour lesquelles le Ministère public peut donner son autorisation, comme étant contraire à la Constitution et aux droits fondamentaux.

2.5.- Le principe de subsidiarité – article 42/1, §5 du CPS

A l'article 42/1, § 5 du CPS, les mots « *et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon* » sont remplacés par les mots « *et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faits par d'autres moyens.* »".

Cette modification est motivée comme suit: « *La modification proposée vise à ce que les tests anti-discrimination soient considérés comme une compétence équivalente des inspecteurs du Contrôle des Lois sociales. En d'autres termes, cette pratique peut être utilisée à tout moment de l'enquête.* » Et le texte ajoute: « *Souvent, cette technique n'aura plus de sens lorsque toutes les autres techniques d'enquête auront préalablement été appliquées* »".

La formulation actuelle « *ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon* » exprime le principe de subsidiarité, que l'on retrouve, dans une formulation assez semblable, dans le CIC pour l'application de différentes méthodes d'enquête (ex. écoute téléphonique, observation, infiltration ...).

Contrairement à ce que l'exposé semble indiquer, le principe de subsidiarité n'implique pas, selon la jurisprudence constante de la Cour de Cassation, que, dans une enquête concrète, d'autres actes d'enquête aient été posés au préalable. Le principe de subsidiarité implique uniquement pour les instances d'enquête une obligation d'examiner la nécessité concrète de recourir à cette méthode d'enquête dans un cas déterminé et de motiver *concrètement* pour quelle raison cette méthode d'enquête est nécessaire *en l'espèce*. Il ressort de la jurisprudence tant de la CEDH que de la Cour constitutionnelle que le recours à des opérations *sous couverture* n'est admissible que lorsqu'il existe des raisons pertinentes et objectives suffisantes pour le faire - ce qui équivaut à un contrôle de subsidiarité - compte tenu du risque accru de provocation.

L'ajout du terme « *raisonnablement* » vise clairement à rappeler le principe de proportionnalité. Au lieu d'utiliser un nouveau terme à cet effet - ce qui peut à nouveau donner lieu à toutes sortes d'interprétations - il serait préférable de mentionner explicitement ce principe dans le texte, par exemple, en rédigeant le texte comme suit: « *et si ces constats, compte tenu du principe de proportionnalité, ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon.* ».

2.6.- L'interdiction de provocation de l'article 42/1, § 5 du CPS doit également s'appliquer aux tiers visés à l'article 42/1, §6 du CPS

L'interdiction de provocation n'est pas explicitement étendue aux tiers auxquels l'inspection sociale pourra recourir pour constater la discrimination (nouvel art. 42/1, § 6 du CPS) et, ce, contrairement à l'infiltration civile comparable dans le Code d'instruction criminelle (CIC), où les infiltrés civils sont explicitement inclus dans l'interdiction de provocation de l'article 30 du Titre préliminaire du CIC, ce qui semble difficilement défendable du point de vue du principe constitutionnel d'égalité (art. 10-11 de la Constitution).

Ce point n'est d'ailleurs pas non plus conforme à la jurisprudence de la CEDH, dont il ressort que l'interdiction de provocation s'applique également aux citoyens individuels agissant sur instruction des autorités (ex. CEDH 15 décembre 2005, Vanyan c. Russie).

Ce problème pourrait être résolu en insérant le §6 de l'article 42/1 du CPS de l'avant-projet de loi entre les actuels §§ 4 et 5 de l'article 42/1 du CPS et en faisant de l'actuel §5 de cet article le nouveau §6. De cette manière, l'interdiction de provocation de l'actuel §5, le nouveau §6, s'applique aussi bien aux inspecteurs sociaux qu'aux tiers.

Enfin, il faut veiller, dans le CPS ou dans l'arrêté d'exécution basé sur ce paragraphe, à ce que ces « tiers » soient soumis aux mêmes obligations que les inspecteurs sociaux, par exemple en matière de devoir de discrétion.

Avis de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes

n° 2021-A/0011

**relatif à l'avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant
les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations
relatives à la discrimination**



**INSTITUUT VOOR
DE GELIJKHEID
VAN VROUWEN
EN MANNEN**

I. Introduction

Le Vice-Premier ministre et ministre de l'Économie et du Travail a demandé à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après : l'Institut) de rédiger un avis en ce qui concerne l'avant-projet de modification de l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Créé par la loi du 16 décembre 2002, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (ci-après : l'Institut) est un organisme qui a entre autres pour mission de veiller au respect du principe d'égalité entre les femmes et les hommes et de combattre toute forme d'inégalité ou de discrimination fondée sur le sexe.

À ce titre, l'Institut est notamment habilité à adresser des recommandations et des avis aux pouvoirs publics en vue de l'amélioration des lois et réglementations.

Vu l'importance de tests pratiques dans la recherche et la prévention de discrimination (de genre) sur le marché du travail, l'Institut est compétent pour examiner ce thème et dispenser son avis.

II. Contexte

Depuis que la loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018, l'inspecteur social a reçu un pouvoir spécifique dans le cadre de la recherche de discrimination sur le marché du travail. Il s'agit ici des tests pratiques ou tests de discrimination.

Depuis le 1^{er} avril 2018, l'article 42/1 du Code pénal social permet aux inspecteurs sociaux de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

Des conditions sont toutefois liées à cet égard :

- Ils peuvent uniquement le faire à la suite d'une plainte ou d'un signalement soutenus par des résultats de datamining et de datamatching.
- Ils peuvent uniquement exécuter ces pouvoirs lorsqu'aucune autre méthode de recherche ne s'avérerait possible.
- L'inspecteur social a besoin de l'accord préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.
- L'inspecteur social établit un rapport pour l'auditeur du travail ou pour le procureur du Roi à l'issue de l'investigation.
- L'inspecteur social peut uniquement commettre les infractions absolument nécessaires, comme par exemple le fait de ne pas s'identifier comme étant un inspecteur social. En revanche, l'inspecteur social ne peut falsifier de diplômes.

Ces conditions semblent être trop limitatives, de sorte qu'on a peu fait usage de ce pouvoir spécifique. C'est surtout la condition que les tests de discrimination peuvent uniquement avoir lieu à l'issue d'une plainte ou d'un signalement étayés par le datamining et le datamatching, qui s'est avérée problématique. En effet, également en raison d'un éparpillement des informations, il y a tout simplement insuffisamment de données à disposition pour procéder au datamining et au datamatching. Cette condition empêche également un rôle plus proactif pour l'inspecteur social, qui ne pouvait intervenir qu'après les faits.

Un second grand obstacle était la condition que ces tests peuvent uniquement avoir lieu si aucune autre méthode n'est disponible. Par crainte de méconnaître cette condition, de nombreux inspecteurs sociaux sont réticents à réaliser des tests pratiques et préféreraient utiliser d'autres méthodes pourtant moins efficaces.

III. Analyse

a) Article 2

L'article 2 de l'avant-projet de loi souhaite répondre à l'obstacle causé par le datamining et le datamatching obligatoires. Le nouvel article permettrait en effet de faire usage du pouvoir contenu à l'art. 42/1 C. pén. soc. en cas d'indications objectives de discrimination OU dans le cas d'une plainte étayée ou d'un signalement, OU ENCORE sur la base de résultats de datamining et de datamatching.

La suppression de la condition qu'une plainte ou un signalement doivent être étayés par datamining et le datamatching permettra la mise en œuvre de tests de discrimination en cas de plaintes supplémentaires. Par ailleurs, les tests de discrimination seront possibles même sans plainte ou signalement, lorsqu'il y a des indications objectives de discrimination ou des résultats de datamining et de datamatching justifiant un test de discrimination. Cela permettra à l'inspecteur social d'entreprendre des actions sans que celles-ci ne doivent attendre une plainte ou un signalement individuels.

La question se pose de savoir si la définition des termes 'une plainte ou un signalement étayés' est suffisamment claire. Combien de preuves la victime potentielle doit-elle fournir avant que la plainte ou le signalement ne soient suffisamment étayés ? Doit-il déjà être question d'un glissement de la charge de la preuve ?

b) Article 3

L'article 3 souhaite adapter la formulation 'restent exemptés de peine' pour donner les termes 'ne commettent pas de fait punissable'. Il s'agit d'un développement positif, étant donné que cette adaptation élimine l'incrimination de l'exercice du pouvoir spécifique. La formulation actuelle donne en effet l'impression que l'inspecteur social commet en soi un fait punissable, mais qu'il ne sera 'seulement' pas puni à cet égard.

Par ailleurs, l'article 3 vise à supprimer les termes 'Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre'. Cette modification également constitue une évolution positive. En effet, l'utilisation de la méthode de recherche en soi ne serait plus punissable. En outre, la discrimination est plutôt moins sévèrement punie que les actes que l'inspecteur social doit accomplir dans le cadre de tests de discrimination, comme fabriquer un diplôme. De ce fait, souvent l'inspecteur social ne pouvait pas présenter les pièces justificatives nécessaires pour réaliser avec succès un test de discrimination.

c) Article 4

Le quatrième article clarifie que la méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir ne peut être exercé que s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances réelles qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels et si ces constats ne *peuvent* pas être raisonnablement réalisés d'une autre façon. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques pouvant être qualifiées de discrimination directe ou indirecte.

La seule modification prévue à l'article 4 est l'ajout du mot 'raisonnablement'.

Ces conditions ont été inscrites à partir de la crainte du déclenchement d'une discrimination par l'inspecteur social. Mais des tests pratiques peuvent parfaitement être mis en œuvre pour examiner une discrimination, même s'il y a d'autres méthodes possibles, sans que cela ne constitue une forme de provocation. En effet, il est question d'incitation (provocation) lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention

délictueuse est directement née ou est renforcée, ou encore est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention, dans ce cas, de l'inspecteur social. Lorsqu'un inspecteur social se présente comme un candidat-travailleur féminin et qu'un autre inspecteur social se présente comme un candidat-travailleur masculin, ils n'ont pas contribué à développer l'intention dans le chef de l'employeur de commettre une discrimination, ni n'ont confirmé cette intention. Lorsque, cependant, ils insisteraient ou citeraient des arguments discriminatoires pendant le test de discrimination, par exemple dans leur lettre de motivation, il pourrait éventuellement être question d'une provocation.

Il ressort du commentaire explicatif des articles du projet de loi que l'intention de cet article consiste dans l'uniformisation des tests de discrimination avec d'autres méthodes de recherche à disposition de l'inspecteur social. Il est aussi expliqué que les tests de discrimination constituent plutôt le début de l'investigation, étant donné que ceux-ci n'auront souvent plus aucun effet à un stade ultérieur de l'investigation.

Cette uniformisation entre tests de discrimination et méthodes de recherche est à encourager. La question se pose de savoir si cette uniformisation est reproduite de façon suffisamment claire dans les termes de l'article lui-même. En effet, les tests de discrimination ne seront possibles que si aucune autre méthode ne peut *raisonnablement* offrir un soulagement. On pourrait en conclure qu'il convient de d'abord examiner d'autres méthodes. De facto, l'unique changement consistera dans la sévérité avec laquelle il faudra apprécier la question de savoir si une autre méthode peut être appliquée ou non.

Il convient dès lors d'examiner plus amplement si une nouvelle formulation est à l'ordre du jour. Évidemment, cela n'a pas d'influence sur les renvois à l'interdiction de provocation.

d) Article 5

Le dernier article de l'avant-projet de loi vise à ajouter un sixième alinéa qui doit permettre à l'inspecteur social de faire momentanément appel à une personne qui n'appartient pas aux services d'inspection, si cela est manifestement nécessaire pour la réussite de la mission de l'inspecteur. Un arrêté royal doit être élaboré plus amplement.

Ce point aussi constitue une évolution positive. L'utilisation de tiers peut augmenter l'effectivité des tests de discrimination.

e) Autorisation du procureur du Roi

L'avant-projet n'apporte pas de modifications à la condition d'obtenir l'accord préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

Cette condition empêchera peut-être une application efficace des tests de discrimination. En effet, il s'est avéré que la moitié des demandes de tests de discrimination étaient refusées.

En outre, cette autorisation préalable du procureur du Roi visait à contrôler les faits punissables qui seraient commis par l'inspecteur social dans le cadre de tests de discrimination, et ce par analogie avec l'autorisation que la police doit obtenir pour pouvoir faire usage de méthodes de recherche particulières. Attendu que l'inspecteur social ne commettra plus de fait punissable à l'avenir dans la réalisation d'un test de discrimination (cf. article 42/1 C. pén. soc. proposé), les raisons d'existence de cette autorisation préalable disparaissent de facto. Il semble dès lors indiqué de rayer la condition d'autorisation préalable.

f) Sorte de discrimination

Enfin, il n'est pas clarifié dans l'avant-projet de loi quelles formes de discrimination peuvent être examinées à l'avenir au moyen de tests de discrimination. Au moment de l'introduction de l'art. 42/1 C.

pén. soc., une discussion a eu lieu au sujet de la différence entre une discrimination de droit civil d'une part et une discrimination de droit pénal d'autre part. La conception qui règne est que seuls les faits pouvant constituer une forme de discrimination de droit pénal peuvent faire l'objet de tests de discrimination.

De ce fait, les pratiques discriminatoires sont toutefois exclues, pour de nombreux motifs de discrimination, en tant qu'objet de tests de discrimination, étant donné que seules les actions discriminatoires sont punissables sur la base du sexe ou de la 'race'.

En outre, les raisons pour lesquelles les tests de discrimination sont indiqués en tant que moyen de preuve en cas de discriminations de droit pénal, à savoir la position inégale à l'égard du discriminé et du discriminateur, s'appliquent tout autant à des situations de discriminations de droit civil.

Il est dès lors indiqué de clarifier que les tests de discrimination peuvent être mis en œuvre pour toutes les contraventions à la législation en matière de discrimination, soit, en d'autres termes, tant pour les formes de discrimination de droit pénal que pour les formes de discrimination de droit civil, et ce sur la base de tous les critères protégés.

IV. Conclusion

L'avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination contient de nombreuses modifications positives. Néanmoins, certains aspects du cadre légal actuel continuent de former un obstacle pour une utilisation optimale des tests de discrimination, comme la révision de l'autorisation de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi et l'adaptation des tests de discrimination à toutes les formes de discrimination.



Recommandation 264 du 26 mai 2021

Avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Résumé

Unia salue le projet de révision de l'article 42/1 du Code pénal social du gouvernement afin de rendre les pouvoirs spécifiques de l'inspection du travail en matière de lutte contre les discriminations plus aisément mobilisables dans la pratique. Il s'agit d'un progrès manifeste qui mérite d'être encouragé.

L'avant-projet soulève néanmoins plusieurs questions :

- **Il n'est pas encore clairement établi si l'inspection peut également demander l'autorisation de constater, par le biais de tests de situation, les formes de discrimination non sanctionnées sur le plan pénal.** Cela inclut la discrimination *non intentionnelle* fondée sur la prétendue race ou le genre et la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques et l'orientation sexuelle. L'avant-projet pourrait être complété par un article de loi qui préciserait noir sur blanc que l'inspection peut utiliser tous ses pouvoirs d'investigation, y compris les tests de situation, et ce également pour les formes de discrimination qui ne font pas l'objet de sanctions pénales. Pour des explications supplémentaires, voir la [recommandation 2.1.](#)
- **L'exposé des motifs contient une justification qui est fondée sur une lecture incorrecte des lois anti-discrimination.** Le gouvernement justifie la nécessité de tests pratiques par les difficultés à établir la preuve, et plus particulièrement par le fait que le « dol spécial » est difficile à prouver pour les formes de discrimination punissables. Toutefois, cette exigence de dol spécial ne s'applique pas aux dispositions pénales relevant de la compétence du Contrôle des lois sociales. En outre, ce motif ne permet pas de justifier le fait que l'inspection peut également demander l'autorisation de recourir à des tests de situation afin de constater des infractions à la législation anti-discrimination qui ne font pas l'objet de sanctions pénales. Pour ces deux raisons, Unia estime qu'il est nécessaire de modifier l'exposé des motifs et le commentaire des articles. Pour des explications supplémentaires, voir la [recommandation 2.2.](#)
- **Unia propose de faire évaluer par l'auditeur du travail au cas par cas si le recours à des tiers est approprié ou non (au lieu d'énumérer ces situations dans un AR) et d'ajouter dans la loi que ces tiers ne commettent pas d'infractions pénales** (pour autant qu'ils agissent conformément à l'autorisation de l'auditeur du travail). En revanche, un AR est approprié selon Unia pour réglementer les conditions et les modalités pratiques du recours à ces tiers, telles que la prestation de serment, la communication des instructions, la rémunération et les assurances. Pour des explications supplémentaires, voir la [recommandation 2.3.](#)

Sommaire

1	<u>Destinataire</u>	2
2	<u>Recommandations concernant l'avant-projet</u>	2
2.1	<u>Préciser dans un nouvel article 42/2 du Code pénal social que l'inspection peut utiliser tous ses pouvoirs d'investigation, tests de discrimination inclus, dans les dossiers ayant trait à des formes de discrimination non sanctionnées pénalement également.</u>	2
2.2	<u>Adapter la justification de la nécessité des tests de discrimination afin qu'elle soit juridiquement correcte. Indiquer également les raisons pour lesquelles les tests de discrimination sont nécessaires pour identifier les infractions non punissables à la législation anti-discrimination.</u>	4
2.2.1	<u>Justification basée sur des preuves difficiles à établir.</u>	4
2.2.2	<u>Justification sur la base de l'exigence de proportionnalité de la sanction.</u>	6
2.3	<u>Confier à l'auditeur du travail le soin d'évaluer si le recours à des tiers est indiqué ou non. Prévoir dans la loi que ces tiers ne commettent pas d'infractions pénales. Réglementer dans l'arrêté d'exécution la prestation de serment et les modalités pratiques (instructions, frais, assurance).</u>	7
3	<u>Autres recommandations concernant l'inspection du travail</u>	9
4	<u>Contacter Unia</u>	10

1 Destinataire

- M. Pierre-Yves Dermagne, Vice-Premier ministre et ministre de l'Économie et du Travail.

2 Recommandations concernant l'avant-projet de loi

2.1 Préciser dans un nouvel article 42/2 du Code pénal social que l'inspection peut également utiliser tous ses pouvoirs d'investigation, tests de discrimination inclus, dans les dossiers ayant trait à des formes de discrimination non sanctionnées pénalement

Le commentaire de l'article 3 du projet indique ce qui suit : « *Il est bien entendu que les tests de discrimination peuvent être appliqués à toutes les lois anti-discrimination et à tous les motifs de discrimination qui y sont prévus.* » **Toutefois, le commentaire ne constitue pas une base juridique suffisante garantissant que l'inspection pourra effectivement utiliser, en vertu du Code pénal social, tous ses pouvoirs d'investigation, tests de situation inclus, pour constater et remédier aux infractions aux lois anti-discrimination non sanctionnées sur le plan pénal.**

Toutes les violations de l'interdiction légale de la discrimination dans le cadre des relations de travail ne sont pas sanctionnées par le droit pénal. Seule les discriminations intentionnelles fondées sur la prétendue race et sur le genre sont concernées¹. Les discriminations fondées sur la race et le genre dans le cadre des relations de travail dont le caractère intentionnel ne peut être prouvé ne sont donc pas punissables pénalement, mais uniquement interdites². Il en est de même pour les discriminations fondées sur l'âge, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques, l'orientation sexuelle...³ En effet, la loi anti-discrimination ne prévoit aucune sanction pénale et ce, même à l'égard des personnes qui commettent délibérément une discrimination sur la base de ces critères protégés dans le cadre des relations de travail. En effet, pour ces infractions à l'interdiction légale de la discrimination, aucune intention ou faute n'est requise, la seule violation de la loi suffit⁴. Tel est également le cas pour toutes les discriminations fondées sur des caractéristiques personnelles légalement protégées qui sont le résultat de préjugés inconscients, d'habitudes ancrées ou de règles (non) écrites (discrimination structurelle). Ces infractions sont interdites, mais non punissables.

L'inspection du Contrôle des lois sociales (CLS) veille au respect de l'interdiction de la discrimination dans le cadre des relations de travail. L'inspection n'agit pas seulement contre les formes punissables de discrimination, mais veille également au respect de l'interdiction de toute discrimination. Cette interdiction est d'ordre public⁵, car la discrimination n'a pas seulement un impact sur les relations entre individus, mais touche à l'essence même et au bon fonctionnement de notre état de droit. Les lois anti-discrimination⁶ exigent que l'inspection CLS exerce ce contrôle

¹ Article 19 en combinaison avec l'article 25 de la loi contre le racisme du 30 juillet 1981 ; article 26 en combinaison avec l'article 28/2 de la loi sur le genre du 10 mai 2007.

² Article 12 de la loi contre le racisme du 30 juillet 1981 ; article 19 de la loi sur le genre du 10 mai 2007.

³ Article 14 de la loi contre la discrimination du 10 mai 2007.

⁴ Cass., 9 octobre 2017, www.unia.be

⁵ Cass., 16 septembre 2013, C.12.0032.F/1.

⁶ Article 34 de la loi contre le racisme en combinaison avec l'AR du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et de ses arrêtés d'exécution ; article 32 de la loi contre la discrimination en combinaison avec l'AR du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de

du respect des lois anti-discrimination « *conformément aux dispositions du Code pénal social* ». Le Code pénal social qui se concentre sur les infractions sociales, réglemente les pouvoirs d'investigation de l'inspection. Étant donné que le Code pénal social est clairement axé sur les violations pénalement punissables de la législation sociale, l'inspection hésite à utiliser tous les pouvoirs d'investigation qui lui sont conférés en vertu du Code pénal social pour faire appliquer les formes de discrimination non punissables. Ces pouvoirs recouvrent l'audition de témoins et de personnes concernées, la demande de documents sociaux, le recours à des tests de situation et l'établissement d'un procès-verbal d'infraction afin de constater les violations non punissables des lois anti-discrimination en conservant la valeur probante particulière.

Dans sa recommandation n° 165 intitulée [Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail](#) (21 mars 2017) comme dans son [avis à la Commission des Affaires sociales](#) concernant le projet de loi initial (1^{er} décembre 2017), Unia proposait, par analogie avec l'article XV.17. §2 du Code de droit économique, d'adopter une disposition de loi offrant une plus grande sécurité juridique sur ce plan. Cette proposition constituait la base de l'amendement 55-1023/002, n° 3, déposé par Mmes Willaert et Leroy et M. Vanden Burre.

Unia demande au gouvernement, suivant l'amendement 55-1023/002, n° 3, déposé par Mmes Willaert et Leroy et M. Vanden Burre, d'insérer dans le Code pénal social un article 42/2, libellé comme suit :

Art. 42/2. Bevoegdheid inzake niet-strafbare discriminatie <i>De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetten en het voorwerp kunnen uitmaken van een burgerrechtelijke of administratieve sanctie.</i> <i>In de uitoefening van hun ambt beschikken de in het eerste lid bedoelde ambtenaren over de bevoegdheden bepaald in de artikelen 23 tot 29 41* en over de bijzondere bevoegdheid bepaald in artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek wanneer zij ambtshalve dan wel op verzoek optreden in het kader van hun opdracht tot informatiegaring, advies en toezicht inzake de inachtneming van de bepalingen van de in het eerste lid vermelde wetten. De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel bewezen is.</i>	Art. 42/2. Compétence en matière de discrimination non punissable <i>Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables, sont interdits par ces lois et peuvent faire l'objet d'une sanction civile ou administrative.</i> <i>Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents visés à l'alinéa 1er disposent des pouvoirs mentionnés aux articles 23 à 29 41* et de la compétence spéciale visée à l'article 42/1 du Code pénal social lorsqu'ils interviennent soit d'office, soit sur demande, dans le cadre de leur mission de collecte d'informations, d'avis et de contrôle en ce qui concerne le respect des dispositions des lois mentionnées à l'alinéa 1er. Les procès-verbaux rédigés à cet égard ont force probante jusqu'à preuve du contraire.</i>
---	--

* L'annotation « *des pouvoirs mentionnés aux articles 23 à 29 41** » concerne la correction d'une erreur matérielle au sujet de la référence aux pouvoirs des inspecteurs sociaux.

Cet amendement apporte une sécurité juridique en ce qui concerne la capacité de l'inspection à utiliser ses pouvoirs d'investigation, notamment les tests de discrimination, pour faire constater les infractions non punissables à la législation anti-discrimination. En outre, il fait également la clarté au sujet de la capacité de l'inspection à dresser si nécessaire un procès-verbal ayant une valeur probante particulière à l'attention de

discrimination et de ses arrêtés d'exécution; article 38 de la loi sur le genre en combinaison avec l'AR du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de ses arrêtés d'exécution.

l'auditorat du travail au sujet de ces violations. Cela ne se produit qu'en cas de violations flagrantes ou de refus de régularisation. Bien que l'auditeur ne puisse pas engager de poursuites pénales, il peut engager une « action en cessation » par le biais d'une action civile devant le président du tribunal du travail. Le juge peut alors ordonner au contrevenant – éventuellement sous peine d'astreinte – de mettre fin à une pratique discriminatoire ⁷.

Unia et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH) pourraient s'appuyer sur les conclusions du PV pour négocier avec l'employeur des mesures de réparation et/ou de prévention ou – dans moins de 1 % des cas – pour porter l'affaire devant les tribunaux ⁸.

Remarque : le pouvoir de l'inspection de dresser un procès-verbal pour des infractions non punissables

L'inspection du travail estime qu'elle ne serait pas en mesure de dresser des procès-verbaux pour les violations de l'interdiction légale de la discrimination qui ne font pas l'objet de sanctions pénales. L'inspection a donc proposé que la dernière phrase de l'amendement susmentionné (c'est-à-dire « *Les procès-verbaux rédigés à cet égard ont force probante jusqu'à preuve du contraire* ») soit reformulée afin d'éviter la confusion en utilisant les termes « le procès-verbal de constatation » ⁹ ou l'« e-PV » ¹⁰.

Unia estime toutefois que les inspecteurs sociaux ont bel et bien la possibilité de dresser des procès-verbaux pour des infractions non punissables aux lois anti-discrimination ¹¹. **Unia demande par conséquent que la dernière phrase, qui est une copie littérale de l'article XV.17, §2, du Code de droit économique, soit intégralement reprise dans le Code pénal social.** Cela donne aux auditeurs du travail une plus grande marge de manœuvre dans la lutte contre les formes non punissables de discrimination (âge, handicap, convictions religieuses ou philosophiques, orientation sexuelle, etc.).

2.2 Adapter la justification de la nécessité des tests de situation afin qu'elle soit juridiquement correcte et indiquer les raisons pour lesquelles les tests de discrimination sont nécessaires pour identifier les infractions à la législation anti-discrimination non sanctionnées sur le plan pénal

2.2.1 Justification basée sur des preuves difficiles à établir

L'exposé des motifs reprend à partir du 2^{ème} alinéa la justification, incorrecte sur le plan juridique, que le représentant de l'inspection du Contrôle des lois sociales de l'époque avait présentée lors des auditions de 2017. S'il est effectivement vrai que le point faible de l'inspection du travail se situe principalement au niveau de la charge de la preuve, Unia a indiqué dès 2017 que les références spécifiques à l'« incitation à la discrimination », au « dol spécial »

⁷ Article 18 de la loi contre le racisme ; article 20 de la loi contre la discrimination ; article 25 de la loi sur le genre ; articles 15, 16 et 17 de la loi du 10 mai 2007 adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

⁸ Unia privilégie le dialogue et la négociation et ne saisit qu'exceptionnellement la justice (par exemple en cas de mauvaise volonté, pour clarifier la loi ou pour sensibiliser). Dans le domaine du travail, Unia n'est montée au créneau que 6 fois en 2019 sur 657 dossiers de travail ouverts. Le nombre total de signalements concernant le travail s'est établi à 1 804.

⁹ Art. 62 du Code pénal social

¹⁰ Art. 100/2 Code pénal social

¹¹ L'article 21, 5°, du Code pénal social prévoit que les inspecteurs sociaux peuvent exercer leur pouvoir d'appréciation pour « dresser des procès-verbaux constatant les infractions aux dispositions du présent Code, des lois visées au livre II du présent Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect, ainsi qu'aux dispositions des arrêtés d'exécution du présent Code et des lois précitées. »

et à l'exigence de publicité de l'article 444 du Code pénal étaient problématiques¹². Ces termes concernent uniquement les délits de « discours haineux » des lois anti-discrimination¹³. L'inspection du travail n'exerce aucun contrôle sur ce plan¹⁴. Ces éléments ne sont donc pas à l'origine des problèmes de preuve auxquels l'inspection est confrontée.

Il ressort des auditions organisées le 4 mars 2015 au sein de la Commission des Affaires sociales et consacrées à la question de la discrimination sur le marché du travail, qu'au sein des services de l'inspection du travail – Contrôle des lois sociales, le point faible se situe au niveau de la charge de la preuve du comportement discriminatoire.

Uit de hoorzittingen in de Commissie Sociale Zaken op 4 maart 2015 in verband met de vraag van de discriminatie op de arbeidsmarkt bleek dat het zwak punt bij arbeidsinspectie – Toezicht op de sociale wetten - zich situeert op het niveau van de bewijslast van het discriminatoir gedrag.

~~“Les faits commis ne peuvent être qualifiés de punissables que s’il est possible d’apporter la preuve concrète de l’infraction commise qui a permis d’établir l’incitation ou l’injonction de discriminer.”~~

~~“De gepleegde feiten kunnen slechts gekwalificeerd worden als strafbaar als het mogelijk is het concrete bewijs te leveren van de gepleegde inbreuk, die toegelaten heeft aan te zetten of opdracht te geven tot discriminatie.”~~

~~Il faut effectivement prouver qu’il y a incitation à la discrimination. Contrairement à ce qui est prévu pour la plupart des infractions au droit du travail, il faut prouver l’intention délictueuse.~~

~~Het bewijs moet effectief geleverd worden dat er aanzetting tot discriminatie is. In tegenstelling tot hetgeen voor de meerderheid van de inbreuken op het arbeidsrecht voorzien is, moet een bijzonder opzet bewezen worden.~~

~~La question de la preuve constitue un énorme problème sur le plan pénal.”~~

~~De vraag van het bewijs vormt een enorm probleem op strafrechtelijk gebied.”~~

La discrimination intentionnelle fondée sur la race et le genre dans le contexte des relations de travail n'est pas punissable sur la base d'articles de loi exigeant un « dol spécial », mais un « dol général » (discrimination « en connaissance de cause »)¹⁵. **Les problèmes de preuve rencontrés par l'inspection dans le domaine du droit pénal découlent du fait que non seulement le dol général visant à discriminer doit être démontré de manière irréfutable, mais aussi le lien de causalité entre l'origine ou le genre et le préjudice. Enfin, l'inspection doit également fournir des preuves concluantes selon lesquelles le préjudice n'est en aucun cas justifiable d'un point de vue juridique.** Toutefois, ces problèmes de preuve dans le domaine pénal ne sont pas les seuls arguments justifiant la nécessité de permettre à l'inspection du travail de constater les violations de la législation anti-discrimination au moyen de tests de situation.

¹² [Avis d'Unia à la Commission des Affaires sociales](#) concernant le projet de loi initial relatif au mystery shopping (en NL) (1^{er} décembre 2017)

¹³ Article 20 de la loi contre le racisme ; article 22 de la loi contre la discrimination ; article 27 de la loi sur le genre. Conformément à l'arrêt de la Cour d'arbitrage (Cour d'arbitrage n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.51), un « dol spécial » est requis pour l'application de cette disposition. En d'autres termes, conformément à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, il doit exister une « volonté particulière d'inciter à la discrimination, à la haine ou à la violence » (Doc. parl., Chambre, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 61). Le critère de dol spécial est nécessaire afin de protéger au maximum la liberté d'expression.

¹⁴ Voir les articles de loi énumérés dans la note de bas de page 6.

¹⁵ Article 25 en combinaison avec l'article 19 de la loi contre le racisme ; article 26 en combinaison avec l'article 28/2 de la loi sur le genre.

Dans sa recommandation n° 165 intitulée [Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail](#) (21 mars 2017), Unia justifiait comme suit la nécessité des tests de situation à la p. 14 :

« 5.2.1 Problème : les méthodes d'enquête de l'inspection ne permettent pas d'identifier les formes cachées de discrimination

[...]

Compte tenu du fait que les interactions et les injonctions discriminatoires s'opérationnalisent aujourd'hui principalement oralement ou par téléphone, de nouvelles méthodes d'enquête s'imposent, qui reproduisent les situations quotidiennes. Il s'agit principalement de contacts téléphoniques ou de l'envoi jumelé d'un CV et d'un CV de référence, ainsi que du rôle simulé de candidat ou de client dans le cadre d'entretiens de sélection ou de contacts personnels. La doctrine utilise divers concepts à cet effet : « tests pratiques, tests de situation, mystery calls, mystery shopping, ... »

[...]

La difficulté de prouver une discrimination, même après un contrôle d'inspection, découle du fait que les employeurs veillent à n'indiquer aucun critère discriminatoire par écrit (dans les bases de données, les documents internes ou les e-mails). L'inspection du travail a retrouvé des instructions explicites dans ce sens dans certaines agences de travail intérimaire. Malgré la protection contre les représailles qu'offre la loi, les (anciens) collaborateurs hésitent à présenter des témoignages à charge contre leur supérieur ou leur employeur.

Les décisions de sélection relatives aux relations de travail se caractérisent de surcroît par leur marge d'appréciation considérable, laquelle découle de facteurs aussi bien professionnels que subjectifs. Cette marge d'appréciation large permet de dissimuler des critères de choix discriminatoires derrière la multiplicité de ces facteurs. »

Outre les problèmes de preuve dans le domaine pénal, les difficultés rencontrées par les services d'inspection sur le terrain pour enquêter sur les situations individuelles de manière réactive constituent la principale justification de la nécessité de tests de situation, que l'infraction ait un caractère punissable ou non. En effet, les difficultés rencontrées pour constater une violation de la législation anti-discrimination en utilisant les pouvoirs d'investigation traditionnels de l'inspection s'appliquent, que la discrimination soit punissable ou qu'il s'agisse d'une simple infraction.

Ainsi, les traces écrites sont rares, tant en cas de discrimination intentionnelle que de discrimination inconsciente fondée sur des stéréotypes et des préjugés. Les critères de sélection discriminatoires sont généralement dissimulés en faisant référence à une compétence supplémentaire spécifique du candidat sélectionné ou à des facteurs subjectifs qui jouent toujours un rôle dans les décisions de sélection (motivation du candidat, dynamique de groupe...). L'inspecteur doit toujours tenir compte de l'ensemble des circonstances concrètes du dossier (par exemple, des critères de sélection plus stricts, ou justement moins stricts, en fonction du nombre de candidats déjà sélectionnés, du profil du plaignant, etc.). En outre, la loi anti-discrimination prévoit souvent des possibilités de justification. Il peut donc être difficile pour l'inspecteur d'évaluer personnellement avec certitude qu'une discrimination alléguée ne peut pas être justifiée. En raison de la multitude de facteurs et d'incertitudes en jeu, il est difficile pour l'inspection de constater des violations manifestes par le biais d'une enquête classique.

Les tests de situation confèrent à l'inspection du travail un pouvoir d'investigation supplémentaire lui permettant, moyennant l'autorisation de l'auditeur du travail, de constater dans des conditions plus contrôlées et de manière plus objective, les violations punissables et non punissables des lois anti-discrimination et d'y remédier.

Afin d'endiguer les discriminations sur le marché du travail, Unia souligne l'importance de passer de contrôles purement réactifs basés sur des signalements de discriminations à une politique active de mise en application de la

législation. À cet effet, l'inspection, en concertation avec l'auditorat du travail, peut utiliser des « témoins d'alerte » objectifs (tels que l'exploration de données et les contrôles antérieurs) pour déterminer dans quels cas l'inspection peut recourir à des tests de situation comme point de départ d'une enquête visant à faire respecter l'interdiction de discrimination.

2.2.2 Justification sur la base de l'exigence de proportionnalité de la sanction

Unia salue la suppression des termes suivants de l'article 42/1, §3, deuxième alinéa, du Code pénal social : « *Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre* » (article 3, 2°, du projet). L'exposé des motifs explique de manière adéquate pourquoi il est préférable de supprimer cette exigence (11^{ème} alinéa et suivants).

Les infractions prévues par la loi contre le racisme et la loi sur le genre sont en effet d'un niveau sensiblement inférieur aux infractions courantes que les inspecteurs sociaux devraient commettre (faux en écriture, ...).

Comme indiqué ci-dessus, il existe une ambiguïté quant à savoir si l'inspection peut utiliser tous ses pouvoirs d'investigation en vertu du Code pénal social pour faire respecter l'interdiction de la discrimination¹⁶. L'exigence selon laquelle les faits punissables ne peuvent être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre semblait exclure le recours aux tests de situation dans le cadre de l'application de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses ou philosophiques, etc. Ces formes de discrimination sont uniquement interdites dans le cadre des relations de travail, mais ne sont pas punissables, et ce même si elles sont intentionnelles.

En revanche, la discussion de l'article 3 du projet (6^{ème} alinéa) fait à nouveau référence à la justification juridiquement incorrecte relative aux « délits de discours haineux » et à l'exigence de publicité de l'article 444 du Code pénal (art. 22 de la loi anti-discrimination). Or, l'inspection du Contrôle des lois sociales n'est pas compétente en ce qui concerne les « discours haineux en public ». La police et le parquet sont responsables de l'enquête et des éventuelles poursuites dans ce domaine. Cet alinéa pourrait, par exemple, être modifié comme suit :

« Actuellement, l'ajout de l'article 42/1, §3, alinéa 2 du Code pénal social ("Ces faits punissables ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.") exclut une partie de la loi générale sur la discrimination du 10 mai 2007. En raison de l'aspect pénal limité de [ndlr. : « l'absence d'infractions pénales pour discrimination dans le cadre des relations de travail dans »] cette loi (art. 22), un test de situation peut uniquement [ndlr. : « ne peut pas »] s'appliquer aux discriminations fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, le patrimoine, les convictions religieuses ou philosophiques, les opinions politiques, les convictions syndicales, la langue, l'état de santé actuel ou futur, le handicap, la caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale dans une relation de travail, combiné à la circonstance aggravante de l'article 444 du code pénal. »¹⁷

Unia propose d'aligner le commentaire de l'article 3 du projet sur la justification qui est finalement retenue dans l'exposé des motifs (voir ci-dessus au point 2.2.1).

¹⁶ Voir point 2.1

¹⁷ L'article 444 du Code pénal n'est pas une circonstance aggravante, au contraire de l'exigence de publicité qui s'applique aux délits (de discours haineux). Toutefois, cette exigence de publicité ne s'applique pas à la discrimination dans le cadre des relations de travail.

2.3 Confier à l'auditeur du travail le soin d'évaluer si le recours à des tiers est indiqué ou non. Prévoir dans la loi que ces tiers ne commettent pas d'infractions pénales. Réglementer dans l'arrêté d'exécution la prestation de serment et les modalités pratiques (instructions, frais, assurance).

À l'heure actuelle, seuls l'inspecteur social et le magistrat ne peuvent pas être considérés comme ayant commis des faits punissables. Des tiers peuvent donc toujours être poursuivis pour leur collaboration à des tests en situation. C'est bien entendu inadéquat dans la mesure où ils agissent conformément aux instructions de l'auditorat et de l'inspection.

L'inspection doit déjà demander à l'auditeur du travail l'autorisation de procéder à des tests de situation. Il nous semble que la solution la plus appropriée est que l'auditeur, lorsqu'il accorde cette autorisation, évalue également au cas par cas s'il est nécessaire de recourir à des tiers pendant une courte période. Si nécessaire, l'auditeur déterminera les modalités pratiques pour s'assurer que les tiers agissant conformément à ces instructions ne commettent pas d'infractions.

Unia propose donc de laisser à l'appréciation de l'auditeur les situations de recours à des tiers, en fonction des circonstances concrètes, et de ne pas définir ces situations au préalable dans un arrêté royal. Unia considère cependant qu'un arrêté royal reste utile pour élaborer plus concrètement un certain nombre de modalités, comme la prestation de serment du tiers (avec par exemple un rappel de l'interdiction de provocation et de l'obligation de confidentialité), la signature par le tiers des instructions écrites et du rapport, les règles relatives aux frais et à l'assurance, etc.

Unia propose de remplacer l'actuel article 5 de l'avant-projet de loi par une disposition qui introduit les ajouts suivants (indiqués en gras) :

~~Texte barré rouge~~ = texte actuel de l'art. 42/1 qui est modifié

Fluo jaune = modifications prévues dans le projet

Texte noir en gras = proposition d'Unia

Art. 42/1. Les pouvoirs particuliers en matière de discrimination

§ 1er. En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation anti-discrimination et à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir ~~en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching, en~~ **présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching,** de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise.

Dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, l'inspecteur social peut faire brièvement appel à une personne qui n'est pas membre des services d'inspection si cette mesure est manifestement nécessaire au succès de sa mission.

§ 2. Sans préjudice du paragraphe 3, il est interdit aux inspecteurs sociaux chargés d'exécuter les pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1er **et aux tiers**, de commettre des faits punissables dans le cadre de leur mission.

§ 3. ~~Sont exemptés de peine~~ **Ne commettent pas d'infraction**, les inspecteurs sociaux **et les tiers** qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

Ces faits punissables ~~ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils~~ doivent être nécessairement proportionnels à l'objectif visé.

—Le magistrat qui autorise un inspecteur social à commettre des faits punissables dans le cadre de l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au paragraphe 1er ~~est exempté de peine~~ **ne commet pas d'infraction**.

§ 4. Il ne peut être procédé à l'exécution des pouvoirs particuliers en matière de discrimination visés au § 1er **et au recours à des tiers**, qu'après l'accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. Cet accord a trait également aux faits punissables absolument nécessaires et à l'autorisation de ceux-ci, comme visés au § 3.

Toutes les actions entreprises lors de la recherche et leurs résultats doivent être consignés dans un rapport et communiqués à l'auditeur du travail ou au procureur du Roi.

§ 5. La personne ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

La méthode de recherche doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels ~~et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faites par d'autres moyens~~. Il ne peut pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques qu'on puisse qualifier de discrimination directe ou indirecte.

~~§6. Dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, l'inspecteur social peut faire brièvement appel à une personne qui n'est pas membre des services d'inspection si cette mesure est manifestement nécessaire au succès de sa mission.~~

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres **le mode de prestation de serment**, les conditions et les modalités **du recours aux tiers** visés à l'alinéa 1^{er}.

Art. 42/2. Pouvoir en matière de discrimination non punissable

(voir recommandation 2.1)

Les inspecteurs sociaux chargés du contrôle de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie sont également habilités à détecter et à constater les actes qui, bien que non punissables, sont interdits par ces lois et peuvent faire l'objet de sanctions civiles ou administratives.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents visés au premier alinéa disposent des pouvoirs prévus aux articles 23 à 41 et des pouvoirs spéciaux prévus à l'article 42/1 du Code pénal social lorsqu'ils agissent, soit de leur propre initiative, soit sur demande, dans le cadre de leurs fonctions de collecte d'informations, de conseil et de contrôle du respect des dispositions des lois visées au premier alinéa. Les procès-verbaux établis à cet égard ont valeur probante jusqu'à preuve du contraire.

3 Autres recommandations concernant l'inspection du travail

Cette recommandation est conforme à l'[avis](#) d'Unia [à la Commission des Affaires sociales](#) concernant le projet de loi initial (1^{er} décembre 2017) et à sa recommandation antérieure n° 165 intitulée [Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail](#) (21 mars 2017).

En particulier, Unia rappelle les propositions qu'elle formule dans la recommandation n° 165 en ce qui concerne :

- le développement du *datamining* en tant que « témoin d'alerte » objectif appelant un contrôle supplémentaire ;
- la possibilité d'infliger des *amendes administratives* en cas d'infraction à la législation anti-discrimination. Cette démarche répondrait au souci de prévoir des sanctions graduées et proportionnelles en cas de constats de discriminations fondées sur des tests de situation, y compris éventuellement pour les infractions non punissables (par exemple, la discrimination raciale ou fondée sur le genre non intentionnelle dans le contexte des relations de travail ou la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques et l'orientation sexuelle).
- la création, au sein de l'inspection du travail, d'un *corps spécialisé d'une dizaine d'inspecteurs* exclusivement chargés de l'application des lois anti-discrimination et de la prévention de la discrimination.

4 Contacter Unia

Bruno Martens (chef du service Politique et Société) : bruno.martens@unia.be

Bart Mondelaers (juriste Service Soutien individuel - personne de contact inspection auprès d'Unia) : bart.mondelaers@unia.be





Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Advies nr. 74/2021 van 21 mei 2021

Betreft: Advies m.b.t. een voorontwerp van wet *tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie* (CO-A-2021-073)

De Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna de "Autoriteit");

Gelet op de wet van 3 december 2017 *tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit*, inzonderheid op artikelen 23 en 26 (hierna "WOG");

Gelet op de Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG* (hierna "AVG");

Gelet op de wet van 30 juli 2018 *betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens* (hierna "WVG");

Gelet op het verzoek om advies van de heer Pierre-Yves Dermagne, Vice-eersteminister en minister van Economie en Werk ontvangen op 31/03/2021;

Gelet op het verslag van mevrouw Alexandra Jaspar, Directeur van het Kenniscentrum van de Gegevensbeschermingsautoriteit ;

Brengt op 21 mei 2021 het volgend advies uit:

I. VOORWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. Op 31/03/2021 verzocht de heer Pierre-Yves Dermagne, Vice-eersteminister en minister van Economie en Werk (hierna: de aanvrager), het advies van de Autoriteit betreffende een voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het *Sociaal Strafwetboek* betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie (hierna: het ontwerp).
2. De Autoriteit wijst in dit kader op het gebundeld advies nr. 33/2021 *met betrekking tot het wetsvoorstel tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek met het oog op de invoering van een bijkomende bevoegdheid voor de sociaal inspecteurs teneinde een proactieve detectie van vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt mogelijk te maken (CO-A-2021-017) en, het wetsvoorstel tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek wat betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie (CO-A-2021-018)*¹ waarin zij reeds oordeelde dat de wijziging van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek*, zoals zij tevens voorligt in het onderhavige geval, geen aanleiding geeft tot bijzondere opmerkingen inzake de verwerking van persoonsgegevens.
3. Het ontwerp beoogt aldus de wijziging van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* dat modaliteiten voor het uitvoeren van *mystery calls* vaststelt². Een dergelijke wijziging dringt zich op daar de praktijk heeft geleerd dat de huidige libellering van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* het inzetten van *mystery calling* op disproportionele wijze bemoeilijkt. Voor verdere toelichting ter zake verwijst de Autoriteit naar de randnummers 3 – 7 van het gebundeld advies nr. 33/2021.

II. ONDERZOEK TEN GRONDE

4. Artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* wordt als volgt gewijzigd:
"§ 1. Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiwetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

¹ Te raadplegen via de volgende link: <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/publications/advies-nr.-33-2021.pdf>.

² *Mystery calling of -shopping* overeenkomstig artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* betreft de bijzondere bevoegdheid voor sociale inspecteurs om zich in bepaalde gevallen voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers, of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

§ 2. Onverminderd paragraaf 3 is het de sociaal inspecteurs, belast met de uitvoering van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1, verboden in het kader van hun opdracht strafbare feiten te plegen.

§ 3. **Plegen geen strafbaar feit**, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

Die strafbare feiten ~~mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en~~ moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.

Pleegt geen strafbaar feit de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1.

§ 4. De uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in § 1 kan slechts gebeuren na een schriftelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings. Dit akkoord heeft eveneens betrekking op de strikt noodzakelijke strafbare feiten en de machtiging daartoe, zoals bedoeld in § 3.

Alle acties ondernomen tijdens de opsporing en de resultaten ervan worden opgetekend in een verslag en worden meegedeeld aan de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

§ 5. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan, mogen niet worden geprovoceerd in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De opsporingsmethode moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen niet **redelijkerwijs** op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

§ 6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste alinea."

5. De Autoriteit stelt vast dat de voorgestelde wijzigingen van de paragrafen 1, 3 en 5 van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* niet wezenlijk verschillen van de wijzigingen die overeenkomstig het wetsvoorstel *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek wat betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie* reeds ter advies voorlagen. Als zodanig bemerkt de Autoriteit dat deze wijzigingen geen belangrijke invloed hebben op de gegevensverwerking die plaatsvindt in het kader van het uitvoeren van *mystery calls* overeenkomstig artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek*. De wezenlijke elementen van de onderhavige gegevensverwerking blijven immers ongewijzigd. In het bijzonder voor wat betreft de beperking van de rechten van de betrokkenen overeenkomstig artikel 23 AVG neemt de Autoriteit akte van de artikelen 100/14, 100/15, 100/16 en 100/17 *Sociaal Strafwetboek*.
6. Overeenkomstig artikel 5 van het ontwerp wordt artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* aangevuld met een paragraaf ⁶³ die het beroep op derden bij discriminatietoetsen, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van de opdracht van de sociaal inspecteurs, mogelijk maakt. Het tweede lid van de ontworpen paragraaf 6 bepaalt dat de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten van deze bevoegdheid door de Koning worden bepaald bij een in Ministerraad overlegd besluit.
7. In dit verband wijst de aanvrager op artikel 47 *quinquies*, §§ 2 en 3 *Wetboek Strafvordering* dat in het kader van de bijzondere opsporingsmethoden bepaalt dat ook derden (niet-politieambtenaren) kunnen worden ingezet in zoverre zulks nodig blijkt, zonder dat de procureur des Konings daarvan vooraf in kennis moet worden gesteld. De aanvrager stelt dat het vreemd is dat de wetgeving inzake discriminatietoetsen in dat opzicht strenger en minder flexibel is dan de wetgeving betreffende de bijzondere opsporingsmethoden.
8. De Autoriteit neemt hiervan akte, edoch herinnert eraan dat het uitvoeringsbesluit zoals bedoeld in het ontwerpartikel 42/1, § 6, 2^e lid *Sociaal Strafwetboek* overeenkomstig artikel 23 WOG haar ter advies moet worden voorgelegd.

³ *Supra* randnummer 4.

**OM DEZE REDENEN,
de Autoriteit**

formuleert geen opmerkingen bij het ontwerp aangezien het als zodanig geen wezenlijke invloed heeft op de onderliggende verwerking van persoonsgegevens.

In secundaire orde herinnert zij eraan dat het uitvoeringsbesluit zoals bedoeld in het ontwerpartikel 42/1, § 6, 2^e lid *Sociaal Strafwetboek* overeenkomstig artikel 23 WOG haar ter advies moet worden voorgelegd.



Alexandra Jaspar
Directeur van het Kenniscentrum





A D V I E S Nr. 2.248

Zitting van dinsdag 26 oktober 2021

Bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie

x x x

3.217

Blijde Inkomstlaan, 17-21 - 1040 Brussel
Tel: 02 233 88 11 - Fax: 02 233 89 38 - E-mail: cntgreffe-nargriffie@nar-cnt.be - Website: www.nar-cnt.be

ADVIES Nr. 2.248

Onderwerp: Bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie

Bij e-mail van 13 januari 2021 heeft mevrouw M.-C. Leroy, voorzitter van de commissie voor Sociale Zaken, Werk en Pensioenen van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, de Nationale Arbeidsraad om advies gevraagd over de wetsvoorstellen nr. 127, nr. 1023/1 tot 3 en nr. 1457 betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.

Bij brief van 18 maart 2021 heeft de heer P.- Y. Dermagne, minister van Werk, de Nationale Arbeidsraad om advies gevraagd over een voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.

De bespreking van deze adviesaanvragen werd toevertrouwd aan de commissie Individuele Arbeidsverhoudingen.

Op verslag van die commissie hebben de in de Raad vertegenwoordigde organisaties op 26 oktober 2021 het volgende unanieme advies uitgebracht.

x

x

x

- 2 -

ADVIES VAN DE NATIONALE ARBEIDSRAAD
-----**I. ONDERWERP EN DRAAGWIJDTE VAN DE ADVIESAANVRAAG****A. Adviesaanvraag parlement**

Bij e-mail van 13 januari 2021 heeft mevrouw M.-C. Leroy, voorzitter van de commissie voor Sociale Zaken, Werk en Pensioenen van de Kamer van Volksvertegenwoordigers, de Nationale Arbeidsraad om advies gevraagd over de wetsvoorstellen nr. 127, nr. 1023/1 tot 3 en nr. 1457 betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.

De Raad heeft bij brief van 19 februari 2021 aan mevrouw M.-C. Leroy, voorzitter van de commissie voor Sociale Zaken, Werk en Pensioenen, laten weten het initiatief van de regering met betrekking tot het bestaande systeem van praktijktesten af te wachten alvorens zich uit te spreken over de voor advies voorgelegde wetsvoorstellen.

B. Adviesaanvraag minister van Werk

Bij brief van 18 maart 2021 heeft de heer P.- Y. Dermagne, minister van Werk, de Nationale Arbeidsraad om advies gevraagd over een voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.

Artikel 42/1 werd in het Sociaal Strafwetboek ingevoegd door de wet van 15 januari 2018 houdende diverse bepalingen inzake werk. Dit artikel maakt het voor sociaal inspecteurs mogelijk om anonieme praktijktesten (mystery calls) uit te voeren om discriminatie op te sporen mits naleving van een aantal strikte voorwaarden. Deze bijzondere bevoegdheden worden volgens de memorie van toelichting aan de sociaal inspecteurs toegekend om het bewijs van het plegen van discriminerende inbreuken te vergemakkelijken. In tegenstelling tot burgerlijke zaken moet op strafrechtelijk vlak bij de pleger van een discriminerende inbreuk bijzonder opzet worden bewezen.

Advies nr. 2.248

- 3 -

In de adviesaanvraag is opgenomen dat het voorontwerp van wet de wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek beoogt om bepaalde obstructies te verhelpen, zodat praktijktesten een effectiever instrument worden in de strijd tegen discriminatie.

Het voorontwerp van wet werd ook ter advies voorgelegd aan de Adviesraad Sociaal Strafrecht, het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen en de Gegevensbeschermingsautoriteit. De Adviesraad Sociaal Strafrecht heeft zich uitgesproken in zijn advies nr. 2021/001 van 9 april 2021. Het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen heeft zich uitgesproken in zijn advies nr. 2021-A/0011. De Gegevensbeschermingsautoriteit heeft zich uitgesproken in zijn advies nr. 33/2021 van 18 maart 2021 en zijn advies nr. 74/2021 van 21 mei 2021.

II. STANDPUNT VAN DE RAAD

Het voorliggend advies betreft een antwoord op beide adviesaanvragen.

A. Algemene beschouwingen

1. Het bevorderen van diversiteit op de werkvloer en de strijd tegen discriminatie zijn voor de sociale partners al jaren bijzondere aandachtspunten waarop wordt ingezet.

Vanuit dat uitgangspunt stelt de Raad met spijt vast dat een aantal groepen in de samenleving achterblijven als het op werk aankomt. Het gaat daarbij onder andere over personen met een migratieachtergrond, personen met een handicap, ouderen, vrouwen, laaggeschoolden enz.

De Raad verwijst in het bijzonder naar de resultaten van de socio-economische monitoring van de afgelopen jaren. Hoewel de cijfers aangeven dat er de voorbije jaren wel degelijk een positieve evolutie is geweest, vallen nog steeds personen met een vreemde origine vaker uit de boot dan personen van Belgische origine. Aan dit tempo zal het nog tientallen jaren duren voordat er een evenredig aantal personen met een vreemde origine in België aan het werk is. De kansen op de arbeidsmarkt worden in België nog steeds voor een belangrijk deel bepaald door de origine. In het centrum van de EU, in een land met een grote traditie van sociaal overleg en een goede antidiscriminatiewetgeving, is dat onaanvaardbaar.

Advies nr. 2.248

- 4 -

Deze problematiek kan wel degelijk aangepakt worden. De krapte op de arbeidsmarkt biedt zich daarbij aan als een opportuniteit om meer personen uit kansengroepen aan het werk te krijgen. Als we deze positieve evolutie een bijkomende duw willen geven, moet er nagedacht worden over constructieve oplossingen om vraag en aanbod op dit deel van de arbeidsmarkt beter bij elkaar te doen aansluiten. De Raad pleit daarbij steeds voor een positieve benadering om diversiteit op de werkvloer te bevorderen zodat de competenties en de talenten die op de Belgische arbeidsmarkt beschikbaar zijn effectief worden gevaloriseerd.

2. Discriminatie betreft een maatschappelijk probleem dat zich niet beperkt tot de arbeidsmarkt.

Opeenvolgende rapporten met betrekking tot de socio-economische monitoring hebben aangegeven dat de redenen voor de lage tewerkstellingsgraad van personen met een migratie-achtergrond divers zijn.

Wat niet juist en ook niet doelmatig is, is de hypothese dat deze problematiek zou terug te brengen zijn tot discriminatie op de arbeidsmarkt.

3. Wanneer er mogelijk sprake is van discriminatie, dient de voorkeur te worden gegeven aan buitengerechtelijke oplossingen waarbij er via bemiddeling wordt getracht om tot een oplossing te komen. Flagante cases van discriminatie die het voorwerp uitmaken van een strafrechtelijke vervolging buiten beschouwing gelaten, geeft deze aanpak het slachtoffer de kans om gehoord te worden en wordt door deze aanpak het bewustzijn van de werkgever verhoogd om herhaling van het discriminerende gedrag te voorkomen, en het beleid zelfs aan te passen. Die benadering biedt dus meer kans op een structurele oplossing en draagt zo bij tot een preventieve aanpak van discriminatie.
4. Sinds de inwerkingtreding van de wet van 15 januari 2018 blijkt dat de toepassing van mystery calls zeer weinig resultaat heeft opgeleverd in de strijd tegen discriminatie op de arbeidsmarkt onder meer omdat de cumulatieve voorwaarden om er beroep op te doen te complex zijn. Om die reden wenst de federale regering het wettelijk kader aan te passen zodat praktijktesten ook een instrument kunnen zijn in de strijd tegen discriminatie.

Advies nr. 2.248

- 5 -

De Raad merkt op dat erover gewaakt dient te worden dat de toepassing van de praktijktesten geen bijkomende neveneffecten met zich meebrengt voor de doelgroep waarvoor de maatregelen worden genomen. Het punctueel gebruik van fictieve cv's in het kader van een door de arbeidsauditeur toegelaten praktijktest, kan ertoe leiden dat ondernemingen meer formalistisch zullen optreden in het rekruteringsproces door bv. telkens een kopie van het diploma op te vragen of bv. wanneer een persoon niet terug te vinden is op het internet ervan uitgaan dat het gaat om een fictieve sollicitatie. De leden van de Raad benadrukken het gegeven dat ze ervan uitgaan dat de ondernemingen bij de rekrutering een goed uitgebouwde aanpak ontwikkelen die eerlijke kansen voor elke sollicitant garandeert.

5. Het is mogelijk dat een onderneming - welke een uitdrukkelijk beleid inzake anti-discriminatie heeft vastgelegd en uitgerold - buiten het medeweten van de bestuurs- en beheersorganen, alsnog kan geconfronteerd worden met een werknemer die discriminatoire handelingen treft tegenover medewerkers of sollicitanten. Volgens de Raad is het dan ook belangrijk dat ondernemingen een effectief beleid inzake antidiscriminatie opstellen en uitrollen.
6. De Raad benadrukt het belang dat betreffende de bewijsvoering van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten rechtszekerheid wordt gewaarborgd. Het resultaat van een praktijktest geldt inzake bewijskracht als een vermoeden. Hij merkt op dat op strafrechtelijk vlak voor discriminerende inbreuken opzet dient te worden bewezen.

In de burgerlijke procedures wordt aangenomen dat een praktijktest een manier is om het vermoeden van discriminatie op te wekken, waarna het aan de werkgever is om aan te tonen dat hij niet heeft gediscrimineerd. In strafrechtelijke procedures ligt de bewijslast echter volledig bij het openbaar ministerie (wegens de vereiste van opzet).

7. De Raad stelt vast dat op verschillende beleidsniveaus allerlei initiatieven inzake praktijktesten werden uitgewerkt. Voor ondernemingen is het moeilijk om het overzicht te behouden. Door dit gebrek aan overzicht is het ook zeer moeilijk voor de slachtoffers om het juiste aanspreekpunt of de juiste grond te vinden. Om die reden vraagt de Raad dat gezorgd wordt voor coherentie en coördinatie tussen de verschillende systemen.

Advies nr. 2.248

- 6 -

8. De Raad herinnert aan zijn werkzaamheden rond het bevorderen van diversiteit op de werkvloer en de strijd tegen discriminatie. Zo heeft de Raad recent de brochure “Diversiteit en gelijke behandeling bij personeelswerving bevorderen” uitgebracht.¹

Het doel van deze praktijkgids is aan de sectoren en de ondernemingen een aantal inlichtingen, analyseschema's, instrumenten en concrete voorbeelden te verschaffen die hen in staat stellen een niet-discriminerend aanwervingsbeleid te voeren en objectieve aanwervingspraktijken toe te passen die leiden tot een grotere diversiteit binnen de sectoren en de ondernemingen.

Uit de socio-economische monitoring blijkt immers dat er in sommige gevallen sprake is van discriminatie, maar dat de werkgever zich daar meestal niet van bewust is. Het gaat met andere woorden om een onbewust proces, waarbij de werkgever onopzettelijk vooral op zoek is naar een evenbeeld van zichzelf of naar een “perfect profiel”, zonder zich te realiseren dat dit tot discriminatie kan leiden.

Een succesvol antidiscriminatiebeleid draagt er toe bij om dit proces te doorbreken en de werkgever en zijn medewerkers aan te zetten tot divers aanwerven. Dit verhindert niet alleen discriminatie, maar leidt ook tot betere aanwervingen bij de werkgever en beter functionerende ondernemingen. Deze brochure probeert werkgevers hiervan bewust te maken.

B. Beschouwingen van de Raad op basis van een analyse van het voorontwerp van wet

1. Bescherming fundamentele rechten

De Raad merkt vooreerst op dat met betrekking tot de bijzondere bevoegdheden van sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie, in de wettekst voldoende voorwaarden en garanties moeten worden ingebouwd tegen ongewenste neveneffecten.

Het is van belang dat werknemers en werkgevers vertrouwen hebben in het optreden van de sociaal inspecteurs in het kader van de opsporing en de vaststelling van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten. Tevens moet hun onafhankelijkheid gegarandeerd worden. De Raad verwijst hierbij naar het door België geratificeerde het IAO-verdrag nr. 81 betreffende de arbeidsinspectie in de industrie en de handel.

¹ Advies nr. 2.163 van 28 april 2020: <http://www.cnt-nar.be/ADVIES/advies-2163.pdf>

- 7 -

De Raad onderschrijft het behoud van de voorwaarde van een schriftelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings. De sociaal inspecteurs zijn immers vragende partij voor deze omkadering.

2. Voorwaarden voor het gebruik van praktijktesten

De Raad stelt vast dat artikel 2 van het voorontwerp van wet in artikel 42/1, §1, van het Sociaal Strafwetboek de woorden “bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching” vervangt door de woorden “bij objectieve aanwijzingen van discriminatie of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching”.

Met betrekking tot de term “objectieve aanwijzingen”, sluit de Raad zich aan bij het advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht² waarin is opgenomen dat dient te worden voorkomen dat enkel op basis van ‘een vermoeden van een nog te plegen discriminatie’ een onderzoek wordt gestart, wat zou neerkomen op een verboden *fishing expedition*. Objectieve aanwijzingen moeten dan ook voorhanden zijn opdat een onderzoek kan worden gestart.

De objectieve aanwijzingen moeten bijgevolg voldoende duidelijk en onderbouwd zijn om het aannemelijk te maken dat er een bestaand probleem van discriminatie is. De Adviesraad Sociaal Strafrecht stelt daarom voor dat het aangewezen is dat de memorie van toelichting (niet-exhaustieve) voorbeelden geeft van “objectieve aanwijzingen”. In het advies is vervolgens opgenomen dat door het geven van enkele voorbeelden, een zekere richting wordt aangegeven over wat aanvaardbaar is als “objectieve aanwijzing”. Zo kunnen toekomstige discussies (deels) vermeden worden.

3. Het plegen van strafbare feiten

De Raad stelt vast dat artikel 3 artikel 42/1, §3, eerste lid, van het Sociaal Strafwetboek als volgt wijzigt: “Plegen geen strafbaar feit, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.”

² Advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht, p. 7.

- 8 -

De Raad meent dat dit lid aanleiding geeft tot interpretatieproblemen en vraagt om de wettekst duidelijker op te stellen.

Met betrekking tot de misdrijven die de sociaal inspecteurs kunnen plegen in de context van praktijktesten vraagt de Raad dat op het niveau van het openbaar ministerie een omkadering wordt uitgewerkt conform het advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht. In het kader van transparantie en voorspelbaarheid wordt ook gevraagd dat deze omkadering wordt voorgelegd aan de sociale partners.

Overeenkomstig het gemeen recht moet het voor een bonafide werkgever die schade heeft geleden ten gevolge van een praktijktest mogelijk zijn om rechtsmiddelen aan te wenden om desgevallend een schadevergoeding te kunnen vorderen van de overheid, indien blijkt dat er geen discriminatie heeft plaatsgevonden.

4. Toepassing van het subsidiariteitsbeginsel

De Raad stelt vast dat artikel 4 van het voorontwerp van wet in artikel 42/1, §5, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek de woorden “en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren” vervangt door de woorden “en indien deze vaststellingen niet redelijkerwijze op een andere manier kunnen gebeuren”.

De Raad is van oordeel dat de toevoeging van de term “redelijkerwijze” in een wettekst voor onduidelijkheid zorgt en aanleiding geeft tot interpretatieproblemen. Gelet op het risico op provocatie, zijn voldoende, pertinente en objectieve redenen nodig. De Raad onderschrijft om die redenen het advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht³ waarin is opgenomen dat in plaats van het gebruik van een nieuwe term “redelijkerwijze” het meer aangewezen is om het proportionaliteitsbeginsel uitdrukkelijk in de tekst op te nemen.

³ Advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht, p. 10-11.

- 9 -

5. Beroep doen op derden

Aangaande de mogelijkheid die door het voorontwerp van wet wordt ingevoerd om beroep te doen op derden bij de toepassing van de praktijktesten stelt de Raad voor dat een omkadering wordt voorzien conform het advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht. Zoals aangegeven in de toelichting bij de artikelen van het voorontwerp van wet hebben de acties door derden betrekking op voorbereidende werkzaamheden (bv. het opstellen van een cv). Bovendien moet het provocatieverbod ook gelden ten aanzien van derden. In lijn met het advies nr. 2021/001 van 9 april 2021 van de Adviesraad Sociaal Strafrecht moet nog worden toegevoegd dat deze derden aan dezelfde verplichtingen, bv. inzake geheimhouding, onderworpen zijn als de sociaal inspecteurs.

Tot slot verzoekt de Raad dat hij om advies wordt gevraagd over het ontwerp van koninklijk besluit inzake de concrete uitwerking van de acties die derden in het kader van deze wetgeving kunnen stellen.

Advies nr. 2.248

FOD JUSTITIE
Adviesraad van het sociaal strafrecht

ADVIES nr. 2021/001 van 9 april 2021

**Voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal
Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal
inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie**

Waterloolaan, 115 – 1000 Brussel
Secretaris: mevrouw Marie Debauche, adjunct-secretaris: mevrouw Murielle Fabrot
Tel: 02 542 79 82 / 02 233 44 81
e-mail: marie.debauche@just.fgov.be, murielle.fabrot@emploi.belgique.be

1.- Advies gevraagd door de minister van Werk

1.1- De adviesaanvraag:

Met toepassing van artikel 97 van het Sociaal Strafwetboek heeft de Adviesraad van het sociaal strafrecht de taak zijn advies te verstrekken over de aanvraag van 18 maart 2021 van de minister van Werk, de heer Pierre-Yves Dermagne.

Het advies van de Raad wordt gevraagd over het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie dat 4 artikelen bevat en dat het voormelde artikel 42/1 wijzigt.

Het verzoek om advies bevat geen motivatie tot spoedeisendheid.

De Adviesraad heeft gebruik gemaakt van de schriftelijke procedure waarin is voorzien in artikel 8 van het koninklijk besluit van 7 juni 2011 tot vaststelling van de samenstelling en de werking van de Adviesraad van het sociaal strafrecht en betreffende de datum van inwerkingtreding van de artikelen 96, 97 en 98 van het Sociaal Strafwetboek, teneinde dringend advies te verstrekken.

De Raad vestigt de aandacht op de korte termijn waarin dit advies moet worden uitgebracht en benadrukt dat die omstandigheden een obstakel kunnen vormen voor de kwaliteit van zijn werk.

1.2. Tekst gewijzigd door het voor advies ingediende wetsontwerp

De voor advies voorgelegde tekst wijzigt artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek, dat bij de wet van 15 januari 2018 in het voornoemde wetboek is ingevoegd.

Artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek bevat het volgende:

*"Art. 42/1. Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie
§ 1. Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of*

potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

§ 2. Onverminderd paragraaf 3 is het de sociaal inspecteurs, belast met de uitvoering van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1, verboden in het kader van hun opdracht strafbare feiten te plegen.

§ 3. Blijven vrij van straf, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.

Blijft vrij van straf de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1.

§ 4. De uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in § 1 kan slechts gebeuren na een schriftelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings. Dit akkoord heeft eveneens betrekking op de strikt noodzakelijke strafbare feiten en de machtiging daartoe, zoals bedoeld in § 3.

Alle acties ondernomen tijdens de opsporing en de resultaten ervan worden opgetekend in een verslag en worden meegedeeld aan de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

§ 5. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan, mogen niet worden geprovoceerd in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De opsporingsmethode moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.”.

1.3. De voor advies voorgelegde tekst

De voor advies voorgelegde tekst, die artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek wijzigd, luidt als volgt:

Art. 3. Dans l'article 42/1, §3, du même Code, les modifications suivantes sont apportées :

1° dans l'alinéa 1^{er} les mots "Sont exemptés de peine » sont remplacés par les mots « Ne commettent pas d'infraction » ;

2° dans l'alinéa 2 les mots « ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre et ils » sont supprimés ;

3° dans l'alinéa 3 les mots "est exempté de peine » sont remplacés par les mots « ne commet pas d'infraction ».

Art. 4. Dans l'article 42/1, §5, alinéa 2, du même Code, les mots « et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon » sont remplacés par les mots « et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faites par d'autres moyens. ».

Art. 5. L'article 42/1 du même Code est complété par le paragraphe 6 rédigé comme suit :

« §6. L'inspecteur social peut dans le cadre des missions qui lui sont confiées par le présent article, momentanément recourir à l'expertise d'une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission.

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les cas, conditions et modalités de l'alinéa 1er. ».

Art. 3. In artikel 42/1, §3, van hetzelfde Wetboek worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in het eerste lid 1 worden de woorden "Blijven vrij van straf" vervangen door de woorden "Plegen geen strafbaar feit";

2° in het tweede lid worden de woorden "mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en" opgeheven;

3° in het derde lid worden de woorden "Blijft vrij van straf" vervangen door de woorden "Pleeft geen strafbaar feit".

Art. 4. In artikel 42/1, §5, tweede lid, van hetzelfde Wetboek worden de woorden "en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren" vervangen door de woorden "en indien deze vaststellingen niet redelijkerwijs op een andere manier kunnen gebeuren".

Art. 5. Artikel 42/1 van hetzelfde Wetboek wordt aangevuld met een paragraaf 6, luidende:

"§6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit de gevallen, de voorwaarden en de modaliteiten, bedoeld in de eerste alinea."

1.4. Toelichtingen in de memorie van toelichting bij de motivering van de wijzigingen in artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek

De memorie van toelichting bevat de volgende toelichtingen bij de voorgestelde wijzigingen:

- De wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek viseert om bepaalde obstructies te verhelpen, zodat de toepassing van discriminatietoetsen een effectiever instrument wordt om discriminatie te bestrijden.
- Uit de praktijk is gebleken dat sommige bepalingen in deze wetgeving dienen aangepast te worden, zodat de specifieke bevoegdheden effectiever kunnen worden toegepast.
- Zo is onder meer gebleken dat het niet werkbaar is dat elk optreden van een sociaal inspecteur naar aanleiding van een onderbouwde klacht of melding nog eens ondersteund moet worden met datamining en datamatching. Momenteel zitten de gegevens voor datamining en datamatching erg verspreid. Het systeem zit bovendien nog in embryonale fase. Bovendien is datamining op federaal niveau beperkt omdat er geen overheidsdata bestaan over de precontractuele fase. Daarnaast gaat het om uiterst delicate persoonlijke gegevens met name origine en gender.
- De woorden van artikel 42/1, § 3, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek, met name "Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend" zijn juridisch overbodig. Een dergelijke bepaling maakt het werkelijk onmogelijk voor sociale inspecteurs om hun toevlucht te nemen tot discriminatietoetsen teneinde discriminatiefeiten vast te stellen. De bepaling is gebaseerd op de wetgeving betreffende de bijzondere opsporingsmethoden en de strafbare feiten die politieambtenaren kunnen begaan ter opsporing van terrorisme of zware misdaad. Die strafbepalingen zijn echter van een totale andere orde dan die rond discriminatie. De bepalingen zijn daarom niet kopieerbaar naar deze context.
- De strafmaat die op discriminatie staat is dus een stuk minder zwaar dan deze voor de strafbare feiten die je noodzakelijkerwijze moet begaan om discriminatie met discriminatietoetsen op te sporen. Wil men dat inspecteurs discriminatietoetsen makkelijker kunnen inzetten zonder strafvervolgung te riskeren, dan wordt de voormelde bepaling uit het tweede lid best geschrapt.

2.- Advies van de Adviesraad

1.- Voorkomen van proactieve recherche (verboden fishing expedition) – art. 42/1, §1 SSW

Bij voorgestelde wijziging onder § 1 dient men ervoor te zorgen proactieve recherche te voorkomen.

De huidige versie voorziet het volgende:

"Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt."

De voorgestelde versie bepaalt wat volgt:

*"Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, bij objectieve aanwijzingen van discriminatie **of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching**, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt."*

De voegwoorden 'of' zijn hier van belang.

Immers, in de huidige versie vormt volgende zinssnede één geheel: *"bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching"*. Dat ene geheel geeft aan dat het moet gaan om aanwijzingen die het mogelijk maken zich te richten op in tijd en ruimte af te bakenen feiten van discriminatie.

Echter, in de voorgestelde wijziging krijg je in wezen afzonderlijke segmenten. Twee daarvan zijn nog steeds in tijd en ruimte definieerbaar:

- *na een onderbouwde klacht of een melding;*
- *op basis van resultaten van datamining en datamatching*

Die vaststelling geldt echter niet meer voor *'bij objectieve aanwijzingen van discriminatie'*. Dit staat op zich door het gebruik van het voegwoord 'of' en kan ook vanuit proactief perspectief worden geïnterpreteerd, minstens dient te worden vastgesteld dat de grens vrij dun wordt.

Daarom dient men ervoor te zorgen dat men enkel op basis van *'een vermoeden van gepleegde of nog te plegen discriminatie'* onderzoek start, wat zou neerkomen op een verboden *fishing expedition*.

Het is daarom aangewezen dat de toelichting (niet-exhaustieve) voorbeelden geeft van "objectieve aanwijzingen". Er dient te worden vastgesteld dat ook de oorspronkelijke Memorie van toelichting bij de wet van 15 januari 2018 die het systeem heeft ingevoerd hier erg weinig over zegt.

2.- De geheimhoudingsplicht van art. 59 SSW en art. 42/1 SSW

In verband met de wettelijke en internationaalrechtelijk verankerde geheimhoudingsplicht van de sociale inspecteurs, zie met name: art. 15(c) Labour Inspection Convention 1947 (ILO verdrag nr. 81), waarop art. 59 van het Sociaal Strafwetboek is gebaseerd.

Artikel 59 SSW stelt:

"Behoudens uitdrukkelijke machtiging van de indiener van een klacht of van een aangifte betreffende een inbreuk op de bepalingen van wetgeving waarop zij toezicht uitoefenen, mogen de sociaal inspecteurs in geen enkel geval, zelfs niet voor de rechtbanken, de naam van de indiener van deze klacht of van deze aangifte bekend maken.

Het is hun eveneens verboden aan de werkgever of aan zijn vertegenwoordiger te onthullen dat ingevolge een klacht of een aangifte een onderzoek werd ingesteld."

Bij het aanknopingspunt van een klacht of melding, zorgt de combinatie van het nieuwe artikel 42/1 in het voorontwerp met artikel 59 een situatie die men strikt zal moeten opvolgen.

Immers, bij de controle a posteriori over de rechtmatigheid van deze opsporingsmethode, waarvan sprake in art. 42/1, §4, tweede lid SSW, zal de sociaal inspecteur er dienen voor te zorgen de naam van de klager of van de persoon die een aangifte heeft gedaan niet te vermelden in het verslag aan de Arbeidsauditeur of aan de Procureur des Konings (zie artikel 59, eerste lid SSW). Anderzijds zal het Openbaar Ministerie er dienen over te waken dat dit verslag niet wordt meegedeeld aan de werkgever of zijn vertegenwoordiger teneinde art. 59, tweede lid SSW te respecteren.

Weliswaar biedt art. 15(c) Verdrag nr. 81 wel de mogelijkheid om via nationale wetgeving uitzonderingen te voorzien op dit principe. Maar het echter de vraag hoe een wettelijke uitzondering op deze geheimhoudingsplicht de door het IAO-verdrag gewenste bescherming van de klokkenluider zou kunnen waarborgen. Daar komt nog bij dat wanneer de klager of de persoon die een aangifte heeft gedaan een werknemer is, deze altijd in een sociaaleconomisch zwakke positie staat.

3.- De rechtvaardigingsgrond van de wijziging aan art. 42/1, §3, eerste en derde lid SSW

De huidige strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 42/1, § 3, eerste en derde lid van het Sociaal Strafwetboek "*blijven vrij van straf*" wordt gewijzigd in een rechtvaardigingsgrond (wettelijke toelating): "*plegen geen strafbaar feit*".

De *ratio* die daarvoor wordt aangehaald is de volgende: "*Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan. Ofschoon ze niet gesanctioneerd worden, kan dit*

worden vermeld in hun strafregister.". Deze motivering is echter niet juist. De toepassing van een verschoningsgrond leidt afhankelijk van de aard van de verschoningsgrond tot de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering of de vrijspraak (niet-schuldig verklaring). Verschoonde misdrijven komen in geen geval terecht in het strafregister.

De wijziging naar een rechtvaardigingsgrond heeft echter wel tot gevolg dat de inbreuk ook op burgerrechtelijk vlak niet langer als een fout te beschouwen is, wat onder meer met zich meebrengt dat vb. de Belgische Staat ook niet langer aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de schade die werd veroorzaakt bij volstrekt bonafide werkgevers die schade hebben geleden ten gevolge van een praktijktest naar discriminatie. Het valt te betwijfelen of een dergelijke onmogelijkheid om zulke schadevergoeding te krijgen in overeenstemming is met art. 1, 1^e Protocol. EVRM.

Bovendien voorziet artikel 47^{quinq}ies Sv. in de context van de BOM-wetgeving eveneens slechts in een strafuitsluitende verschoningsgrond "*blijven vrij van straf*".

Er lijkt geen enkele redelijke verantwoording te bestaan waarom voor het plegen van misdrijven in de context van de BOM-methoden slechts een strafuitsluitende verschoningsgrond zou gelden – met als gevolg dat de Belgische staat principieel wel burgerrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die door die misdrijven wordt aangericht – terwijl in de context van de praktijktesten een rechtvaardigingsgrond zou gelden. De voorgestelde regeling lijkt aldus ook niet in overeenstemming te zijn met het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gw.).

Tenslotte werken rechtvaardigingsgronden "in rem", terwijl strafuitsluitende verschoningsgronden "in personae" werken. Dit heeft concreet voor gevolg dat deze strafuitsluitende verschoningsgrond in deze teksten ook dient te worden voorzien voor de "derden" waarvan sprake is in de nieuw voorziene §6 van dit artikel 42/1 SSW.

4.- Het opheffen van de beperking van welk soort misdrijven kunnen worden gepleegd – de voorgestelde wijziging aan art. 42/1, §3, tweede lid, SSW

In de nieuwe versie van artikel 42/1, § 3, tweede lid, SSW zoals voorgesteld door het ontwerp wordt ook de beperking afgeschaft dat het Openbaar Ministerie geen toestemming zou kunnen geven tot het plegen van misdrijven die zwaarder worden bestraft dan het misdrijf discriminaties dit ten einde het misdrijf van discriminatie te kunnen vaststellen.

Dit wordt in de toelichting voornamelijk verantwoord door te verwijzen naar *het misdrijf van valsheid in geschrifte*, dat onontbeerlijk is in de context van praktijktesten naar discriminatie (vb. het versturen van fictieve Cv's, het gebruik van valse namen), doch zwaarder bestraft wordt dan veel vormen van discriminatie. Hoewel deze *ratio* kan worden beschouwd als objectief en pertinent, is een volledige afschaffing van de lijst van misdrijven die de sociaal inspecteurs kunnen plegen geenszins *noodzakelijk* om die *ratio* bereiken. Die *ratio* zou immers

eveneens kunnen worden bereikt door te werken met een limitatieve lijst van misdrijven die sociaal inspecteurs vermogen te plegen in de context van praktijktests naar discriminatie. Het voorstel om deze beperking op te heffen is m.a.w. in strijd met het proportionaliteitsbeginsel.

In dit verband dient ook te worden opgemerkt dat de Raad van State in zijn advies bij het ontwerp van artikel 47 *quinquies* Sv. zeer kritisch was bij het werken met een open lijst van misdrijven waarvoor toestemming zou kunnen worden gegeven en *a fortiori* de afwezigheid van enige wettelijke beperking op de misdrijven waarvoor het Openbaar Ministerie toestemming kan verlenen verwierp als volstrekt in strijd met de Grondwet en de fundamentele rechten.

Ten slotte valt ook niet in te zien wat de redelijke verantwoording zou kunnen zijn dat in de context van de BOM-methoden het Openbaar Ministerie enkel de toelating kan geven tot het plegen van minder ernstige misdrijven dan die waarvoor de BOM-methode wordt aangewend, terwijl sociaal inspecteurs in de context van praktijktesten naar discriminatie principieel de toelating zou kunnen worden gegeven tot het plegen van elk mogelijk misdrijf zonder enige beperking. Ook op dit punt lijkt er aldus een ernstig probleem te bestaan met het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gw.).

De Memorie van Toelichting vermeldt dat de woorden "*Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend*" juridisch overbodig zijn. Zij zouden immers onwerkbaar zijn. De inspiratiebron ervan was de BOM-regeling, maar de misdrijven die men daarmee wenst te bestrijden zijn van een totaal andere orde dan die rond discriminatie, aldus de Memorie van Toelichting bij dit voorontwerp van wet. Men moet zich dan ook juist de vraag stellen of de opheffing van deze woorden wel proportioneel is in verhouding tot het te bereiken doel, minstens dat ze qua toepassingsregels niet net stringenter moet zijn dan de BOM-regeling.

Tenslotte dient er nog te worden op gewezen dat de Bijzonder OpsporingsMethodes geen misdrijven zijn. Dit onderscheid dient duidelijk te worden gemaakt. De mogelijkheid om strafbare feiten te plegen, al dan niet voorzien van een zekere beperking, betekent dus niet dat de sociaal inspecteurs op grond daarvan de Bijzondere Opsporingsmethodes zouden mogen toepassen. Het verdient aanbeveling dit te verduidelijken in het Commentaar bij dit artikel.

5.- Het subsidiariteitsbeginsel – art. 42/1, §5 SSW

In art. 42/1, § 5 Sv. worden de woorden "*en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren*" vervangen door de woorden "*en indien deze vaststellingen niet redelijkerwijze op een andere manier kunnen gebeuren*".

Deze wijziging wordt als volgt gemotiveerd: "*Voorgestelde wijziging heeft tot doel dat discriminatietoetsen worden beschouwd als een evenwaardige bevoegdheid van de inspecteurs van het Toezicht op de Sociale Wetten. Deze praktijk kan met andere woorden op elk moment van het onderzoek worden aangewend.*" Voorts

wordt nog vermeld: *"Dikwijls zal deze techniek geen zin meer hebben wanneer eerst alle andere onderzoekstechnieken zijn toegepast"*.

De huidige formulering *"deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren"* drukt het subsidiariteitsbeginsel uit dat in vrij gelijkaardige bewoordingen in het Sv. te vinden is voor de toepassing van verschillende onderzoeksmethoden (vb. telefoontap, observatie, infiltratie,...).

Anders dan de toelichting lijkt aan te geven, houdt het subsidiariteitsbeginsel volgens vaste cassatierechtspraak niet in dat er in een concreet onderzoek effectief eerst andere onderzoekshandelingen zouden zijn aangewend. Het subsidiariteitsbeginsel houdt enkel voor de onderzoeksinstanties een verplichting in om de concrete noodzaak van die onderzoeksmethode in een bepaalde zaak in overweging te nemen en *in concreto* te motiveren waarom die onderzoeksmethode *in casu* noodzakelijk is. Zowel uit de rechtspraak van het EHRM als het Grondwettelijk Hof volgt dat het gebruik van *undercover*operaties enkel toelaatbaar is wanneer er voldoende pertinente en objectieve redenen daarvoor voorhanden zijn – wat neerkomt op een subsidiariteitstoetsing – gelet op het verhoogde risico op provocatie.

Met het invoegen van de term *"redelijkerwijze"* beoogt men duidelijk het proportionaliteitsbeginsel nog eens in herinnering te brengen. In plaats van een nieuwe term hiervoor te gebruiken – die weer aanleiding kan geven tot allerlei interpretaties – is het meer aangewezen dit beginsel dan ook uitdrukkelijk in de tekst op te nemen bv. door de tekst als volgt op te stellen: *"en indien deze vaststellingen, rekening houdend met het proportionaliteitsbeginsel, niet op een andere manier kunnen gebeuren"*.

6.- Het provocatieverbod van art. 42/1, § 5 SSW dient ook te gelden voor de derden waarvan sprake is in art. 42/1, §6 SSW

Het provocatieverbod is niet expliciet doorgetrokken naar de derden waarvan de sociale inspectie gebruik zal kunnen maken bij het vaststellen van discriminatie (het nieuwe art. 42/1, § 6 Sociaal Strafwetboek) en dit in tegenstelling de vergelijkbare burgerinfiltratie in het Sv. waar burgerinfiltranten uitdrukkelijk zijn ingeschreven in het provocatieverbod van art. 30 V.T.Sv., wat moeilijk verdedigbaar lijkt vanuit het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 Gw.).

Dit is overigens eveneens niet in overeenstemming met de rechtspraak van het EHRM waaruit volgt dat het provocatieverbod ook geldt voor individuele burgers die handelen op instructie van de overheid (vb. EHRM 15 december 2005, Vanyan t. Rusland).

Dit zou kunnen worden opgelost door de §6 van artikel 42/1 SSW in het voorontwerp van wet in te voegen tussen de huidige §§ 4 en 5 van het artikel 42/1 SSW en van de huidige §5 van dit artikel de nieuwe §6 te maken. Op die manier geldt het provocatieverbod van de huidige §5, de nieuwe §6, zowel voor de sociaal inspecteurs als voor de derden.

Adviesraad van het sociaal strafrecht

Advies nr. 2021/0101 van 9 april 2021

Tenslotte zal men er in het uitvoeringsbesluit op grond van deze paragraaf over de derden moeten over waken dat deze personen dezelfde waarborgen inzake kwaliteit kunnen bieden en aan dezelfde verplichtingen inzake bv. de geheimhoudingsplicht zullen zijn onderworpen dan de sociaal inspecteurs.

Advies van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen

nr. 2021-A/0011

**betreffende het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal
Strafwetboek betreffende de bijzonder bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op
het vlak van vaststellingen inzake discriminatie**



**INSTITUUT VOOR
DE GELIJKHEID
VAN VROUWEN
EN MANNEN**

I. Inleiding

Het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (hierna: 'Instituut') werd gevraagd door de Vice-eersteminister en minister van Economie en Werk om een advies op te stellen met betrekking tot het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzonder bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van vaststellingen inzake discriminatie.

Het Instituut werd opgericht door de wet van 16 december 2002 en heeft onder andere als opdracht om te waken over de naleving van de wetgeving inzake de gelijkheid van vrouwen en mannen en om elke vorm van discriminatie of ongelijkheid op grond van geslacht te bestrijden.

In deze hoedanigheid is het Instituut onder meer bevoegd om adviezen en aanbevelingen tot de overheid te richten met het oog op het verbeteren van wet- en regelgeving.

Gezien het belang van praktijktesten in het opsporen en voorkomen van (gender)discriminatie op de arbeidsmarkt, is het Instituut bevoegd om binnen dit thema op te treden en te adviseren.

II. Context

Sinds de wet van 15 januari 2018 houdende diverse bepalingen inzake werk in werking is getreden op 1 april 2018, heeft de sociaal inspecteur een bijzondere bevoegdheid gekregen in het kader van het opsporen van discriminatie op de arbeidsmarkt. Het gaat hier om de zogenaamde praktijktesten of discriminatietoetsen.

Sinds 1 april 2018 laat artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek de sociaal inspecteur toe om zich voor te doen als klant, potentiële klant, werknemer of potentiële werknemer om na te gaan of er op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

Hier waren echter wel voorwaarden aan verbonden:

- Dit kon enkel gebeuren na een klacht of een melding en deze klacht/melding moest zijn ondersteund door resultaten van datamining en datamatching.
- Deze bevoegdheden mochten enkel uitgevoerd worden wanneer er geen andere opsporingsmethodes mogelijk bleken.
- De sociaal inspecteur had voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings nodig.
- De sociaal inspecteur maakte een verslag voor de arbeidsauditeur of de procureur des Konings aan het uitvoeren van het onderzoek.
- De sociaal inspecteur mocht enkel de meest noodzakelijke inbreuken plegen, zoals bijvoorbeeld het zich niet identificeren als zijnde een sociaal inspecteur. De sociaal inspecteur mocht daarentegen geen diploma's vervalsen.

Deze voorwaarden bleken te beperkend te zijn, waardoor er weinig gebruik werd gemaakt van deze bijzondere bevoegdheid. Vooral de voorwaarde dat discriminatietoetsen enkel konden plaatsvinden na een klacht of een melding ondersteund door datamining en datamatching, bleek problematisch. Immers, mede door een versnippering van informatie, zijn er simpelweg onvoldoende gegevens ter beschikking om over te gaan tot datamining en datamatching. Ook verhinderde deze voorwaarde een meer proactieve rol voor de sociaal inspecteur, die pas konden optreden na de feiten.

Een tweede grote obstakel was de voorwaarde dat deze testen enkel mochten plaatsvinden als er geen enkele andere methode beschikbaar zou zijn. Uit vrees deze voorwaarde te miskennen, stonden veel sociaal inspecteurs weigerachtig tegenover het uitvoeren van praktijktesten en maakten zij liever gebruik van andere methodes die nochtans minder efficiënt zijn.

III. Analyse

a) Artikel 2

Het artikel 2 van het voorontwerp van wet wenst tegemoet te komen aan het obstakel veroorzaakt door de verplichte datamining en datamatching. Het nieuwe artikel zou het immers mogelijk maken om gebruik te maken van de bevoegdheid vervat in art. 42/1 Soc. Sw. bij objectieve aanwijzingen van discriminatie OF een onderbouwde klacht of een melding OF op basis van resultaten van datamining en datamatching.

Het opheffen van de voorwaarde dat een klacht of melding onderbouwd moet worden door datamining en datamatching zal het mogelijk maken om discriminatietoetsen in te zetten bij meer klachten. Daarnaast zullen discriminatietoetsen mogelijk zijn ook zonder klacht of melding, wanneer er objectieve aanwijzingen van discriminatie zijn of resultaten van datamining en datamatching zijn die een discriminatietoets verantwoorden. Dit zal de sociaal inspecteur toelaten actie te ondernemen zonder dat deze moeten wachten op een individuele klacht of melding.

De vraag rijst of het voldoende duidelijk is wat een 'onderbouwde klacht of melding' is. Hoeveel bewijs moet het potentieel slachtoffer aanleveren vooraleer de klacht of melding voldoende onderbouwd is? Moet er reeds sprake zijn van een verschuiving van de bewijslast?

b) Artikel 3

Artikel 3 wenst de bewoording 'blijven vrij van straf' aan te passen naar 'plegen geen strafbaar feit'. Dit is een positieve ontwikkeling aangezien het de strafbaarheid van het uitoefenen van de bijzondere bevoegdheid wegneemt. De huidige bewoording geeft namelijk de indruk dat de sociaal inspecteur in se een strafbaar feit begaat, maar hiervoor 'slechts' niet gestraft zal worden.

Daarnaast beoogt artikel 3 de bewoordingen 'mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend' op te heffen. Ook dat is een positieve evolutie. Immers, het gebruiken van de opsporingsmethode an sich zou niet langer strafbaar zijn. Bovendien wordt discriminatie veelal minder zwaar bestraft dan de handelingen die de sociaal inspecteur moet uitvoeren in het kader van discriminatietoetsen, zoals een diploma vervaardigen. Hierdoor kon de sociaal inspecteur vaak niet de nodige overtuigingsstukken voorleggen om een discriminatietoets succesvol uit te voeren.

c) Artikel 4

Het vierde artikel verduidelijkt dat de opsporingsmethode zich moet beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen en indien deze vaststellingen niet *redelijkerwijs* op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

De enige wijziging voorzien in artikel 4 is de toevoeging van het woord 'redelijkerwijs'.

Deze voorwaarden zijn ingeschreven vanuit de vrees voor het uitlokken van discriminatie door de sociaal inspecteur. Maar praktijktesten kunnen perfect ingezet worden om discriminatie te onderzoeken, ook als er andere methodes mogelijk zijn, zonder dat dit een vorm van uitlokking zal zijn. Immers, er is sprake van uitlokking (provocatie) wanneer in hoofde van de dader het voornemen om een misdrijf te

plegen rechtstreeks is ontstaan of versterkt, of is bevestigd terwijl hij dit wilde beëindigen, door de tussenkomst van in dit geval de sociaal inspecteur. Wanneer een sociaal inspecteur zich voordoet als een vrouwelijke kandidaat-werknemer en een andere sociaal inspecteur biedt zich aan als mannelijk kandidaat-werknemer, dan hebben zij niet bijgedragen tot het ontwikkelen van het voornemen in hoofde van de werkgever om te discrimineren, noch hebben zij dit voornemen bevestigd. Wanneer zij echter zouden aandringen of zelf discriminerende argumenten zouden aanhalen tijdens de discriminatietoets, bijvoorbeeld in hun motivatiebrief, pas dan zou er eventueel sprake kunnen zijn van uitlokking.

Uit de toelichting bij de artikelen van het ontwerp van wet blijkt dat de bedoeling van dit artikel bestaat uit het gelijkstellen van discriminatietoetsen met andere opsporingsmethodes ter beschikking van de sociaal inspecteur. Er wordt ook uitgelegd dat discriminatietoetsen veelal het begin van het onderzoek uitmaken aangezien deze vaak geen effect meer zullen hebben in een later stadium van het onderzoek.

Deze gelijktrekking tussen discriminatietoetsen en andere opsporingsmethoden is aan te moedigen. De vraag rijst of deze gelijktrekking voldoende duidelijk is weergegeven in de bewoording van het artikel zelf. Immers, discriminatietoetsen zullen pas mogelijk zijn als *redelijkerwijs* geen andere methodes soelaas kunnen bieden. Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat andere methodes eerst bekeken moeten worden. De facto zal de enige verandering bestaan uit hoe strikt er geoordeeld moet worden of een andere methode toegepast kan worden of niet.

Er moet dan ook verder bekeken worden of een herformulering aan de orde zou zijn. Uiteraard heeft dit geen invloed op de verwijzingen naar het verbod op uitlokking.

d) Artikel 5

Het laatste artikel van het voorontwerp van wet beoogt een zesde alinea toe te voegen die het mogelijk moet maken voor de sociaal inspecteur om kortstondig een beroep te doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van de opdracht van de inspecteur. Een koninklijk besluit dient dit verder uit te werken.

Ook dit is een positieve evolutie. Het gebruik van derden kan de effectiviteit van de discriminatietoetsen verhogen.

e) Toestemming procureur des Konings

Het voorontwerp brengt geen wijzigingen aan aan de voorwaarde om het voorafgaandelijk akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des konings te bekomen.

Deze voorwaarde zal mogelijks een efficiënte toepassing van discriminatietoetsen verhinderen. Er is immers gebleken dat de helft van de aanvragen voor discriminatietoetsen werden geweigerd.

Bovendien beoogde deze voorafgaande toestemming van de procureur des Konings het controleren van de strafbare feiten die gepleegd zouden worden door de sociaal inspecteur in het kader van discriminatietoetsen, en dit naar analogie met de toestemming die de politie moet bekomen om gebruik te mogen maken van bijzondere opsporingsmethodes. Aangezien de sociaal inspecteur in de toekomst geen strafbaar feit meer zal plegen bij het uitvoeren van een discriminatietoets (cf. voorgesteld artikel 42/1 Soc. Sw) valt de bestaansreden voor deze voorafgaandelijke toestemming de facto weg. Het lijkt daarom aangewezen om het vereiste van voorafgaandelijke toestemming te schrappen.

f) Soort discriminatie

Tot slot wordt in het voorontwerp niet verduidelijkt welke vormen van discriminatie in de toekomst door middel van discriminatietoetsen onderzocht mogen worden. Bij de invoering van art. 42/1 soc. Sw. in

2018 heeft er een discussie plaatsgevonden over het verschil tussen burgerrechtelijke discriminatie en strafrechtelijke discriminatie. De heersende opvatting is dat enkel feiten die een strafrechtelijke vorm van discriminatie kunnen uitmaken het voorwerp mogen uitmaken van discriminatietoetsen.

Hierdoor worden evenwel discriminatoire praktijken op heel wat discriminatiegronden als voorwerp van discriminatietoetsen uitgesloten, aangezien enkel discriminatoire handelingen op grond van geslacht of zogenaamd 'ras' strafbaar kunnen zijn.

Bovendien zijn de redenen waarom discriminatietoetsen aangewezen zijn als bewijsmiddel bij strafrechtelijke discriminaties, met name de ongelijke positie terzake van de gediscrimineerde en de discriminator, evenzeer van toepassing op situaties van burgerrechtelijke discriminaties.

Het is daarom aangewezen om te verduidelijken dat discriminatietoetsen voor alle overtredingen op de discriminatiewetgeving ingezet kunnen worden, met andere woorden zowel bij strafrechtelijke als burgerrechtelijke vormen en dat op basis van alle beschermde criteria.

IV. Conclusie

Het voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzonder bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van vaststellingen inzake discriminatie bevat veel positieve wijzigingen. Evenwel blijven bepaalde aspecten van het huidige wettelijke kader een obstakel vormen voor een optimaal gebruik van discriminatietoetsen, zoals het herzien van de toestemming van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings en de toepassing van discriminatietoetsen op alle vormen van discriminatie.



Aanbeveling 264 van 26 mei 2021

Voorontwerp van wet tot wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.

Samenvatting

Unia verwelkomt het voornemen van de regering om artikel 42/1 Soc. Sw. te herzien om de bijzondere bevoegdheden van de arbeidsinspectie in de strijd tegen discriminatie in de praktijk beter inzetbaar te maken. Het gaat om een duidelijk vooruitgang die verdient aangemoedigd te worden.

Het voorontwerp roept ook verschillende vragen op:

- **er blijft onduidelijkheid of de inspectie ook toelating kan vragen om niet strafrechtelijk gesanctioneerde vormen van discriminatie vast te stellen via discriminatietoetsen.** Hierbij denken we aan *onopzettelijke* raciale of genderdiscriminatie en discriminatie op grond van *leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing en seksuele geaardheid*. Het voorontwerp zou aangevuld kunnen worden met een wetsartikel dat zwart-op-wit verduidelijkt dat de inspectie al haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietoetsen, ook kan inzetten bij niet strafrechtelijk gesanctioneerde vormen van discriminatie. Voor meer toelichting: zie [aanbeveling 2.1](#)
- **de Memorie van Toelichting bevat een motivering die berust dus op een incorrecte lezing van de antidiscriminatiewetten.** De regering verantwoordt de nood aan praktijktesten op basis van de bewijsmoeilijkheden, en meer in het bijzonder omdat het 'bijzondere opzet' moeilijk kan aangetoond worden bij strafbare vormen van discriminatie. Deze bijzondere opzetvereiste geldt echter niet voor de strafbepalingen waarop de inspectie Toezicht Sociale Wetten toezicht uitoefent. Daarnaast laat deze motivering niet toe om te verantwoorden dat de inspectie ook toelating voor discriminatietoetsen kan aanvragen om niet strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuken op de antidiscriminatiewetten vast te stellen. Om beide redenen is het volgens Unia nodig om de Memorie van Toelichting en artikelsgewijze toelichting aan te passen. Voor meer toelichting: zie [aanbeveling 2.2](#)
- **Unia stelt voor om de arbeidsauditeur te laten beoordelen of de inzet van derden al dan niet aangewezen is (in plaats van deze situaties in een KB op te lijsten) en in de wet toe te voegen dat ook de derden geen strafbare feiten begaan** (voor zover zij handelen in overeenstemming met de toelating van de arbeidsauditeur). Een KB is volgens Unia wel aangewezen om voorwaarden en praktische modaliteiten te regelen, zoals de eedaflegging, mededeling van instructies, vergoeding en verzekering. Voor meer toelichting: zie [aanbeveling 2.3](#)

Inhoud

1	Bestemming	2
2	Aanbevelingen m.b.t. het voorontwerp	2
2.1	<i>Verduidelijk in een nieuw artikel 42/2 Sociaal Strafwetboek dat de inspectie al haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietoetsen, ook kan inzetten bij niet strafrechtelijk gesanctioneerde vormen van discriminatie.</i>	2
2.2	<i>Pas de motivering van de nood aan discriminatietoetsen aan zodat deze juridisch correct is. Motiveer ook waarom discriminatietoetsen nodig zijn om niet strafbare inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving vast te stellen.</i> 4	
2.2.1	Motivering op basis van de moeilijke bewijsvoering	4
2.2.2	Motivering op basis van de evenredigheidsvereiste qua strafmaat	6
2.3	<i>Laat de arbeidsauditeur beoordelen of de inzet van derden al dan niet aangewezen is. Voorzie in de wet dat deze derden geen strafbare feiten begaan. Regel in het uitvoeringsbesluit de eedaflegging en praktische modaliteiten (instructies, onkosten, verzekering).</i>	7
3	Overige aanbevelingen inzake de arbeidsinspectie	9
4	Contact Unia	10

1 Bestemming

- Vice-eersteminister en minister van Economie en Werk, de heer Pierre-Yves Dermagne

2 Aanbevelingen m.b.t. het voorontwerp

2.1 Verduidelijk in een nieuw artikel 42/2 Sociaal Strafwetboek dat de inspectie al haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietoetsen, ook kan inzetten bij niet strafrechtelijk gesanctioneerde vormen van discriminatie.

De toelichting bij artikel 3 van het ontwerp bepaalt: *“Het is uiteraard de bedoeling dat de discriminatietoetsen kunnen toegepast worden op alle antidiscriminatie wetten en op alle daarin voorziene discriminatiegronden.”* **De toelichting biedt echter geen afdoende rechtsgrond om te garanderen dat de inspectie al haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek, met inbegrip van discriminatietoetsen, effectief kan aanwenden om niet strafbaar gestelde overtredingen van de antidiscriminatie wetten vast te stellen en hieraan te remediëren.**

Niet alle inbreuken op het wettelijke discriminatieverbod in het kader van arbeidsbetrekkingen worden ook strafrechtelijk gesanctioneerd. Dat is enkel het geval voor opzettelijke raciale en genderdiscriminatie.¹ De Antidiscriminatie wet verbiedt wel discriminatie op grond van leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing, seksuele geaardheid...² maar bevat geen strafsancities voor diegene die in het kader van arbeidsbetrekkingen opzettelijk discrimineren op basis van deze persoonskenmerken. Ook raciale of genderdiscriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen waarvan niet aangetoond kan worden dat ze opzettelijk gebeurden zijn niet strafbaar, maar enkel verboden.³ Voor deze inbreuken op het wettelijke discriminatieverbod is er immers géén opzet en géén fout vereist, de loutere wetsovertreding volstaat.⁴ Dit is ook zo voor alle discriminaties op wettelijk beschermde persoonskenmerken die het gevolg zijn van onbewuste vooroordelen, ingeslopen gewoonten of (on)geschreven regels (structurele discriminatie). Dergelijke inbreuken zijn verboden maar niet strafbaar.

De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) handhaaft de naleving van het discriminatieverbod in het kader van arbeidsbetrekkingen. De inspectie treedt hierbij niet enkel op tegen strafbaar gestelde vormen van discriminatie, maar ziet eveneens toe op de naleving van het discriminatieverbod. Dit verbod is van openbare orde⁵ omdat discriminatie niet enkel een impact heeft op particulieren onderling, maar de essentie en het goed functioneren van onze rechtsstaat raakt. De antidiscriminatie wetten⁶ schrijven voor dat de inspectie TSW dit toezicht op de naleving van de antidiscriminatie wetten uitoefent *“overeenkomstig de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek.”* In het

¹ Artikel 19 io. artikel 25 Antiracismewet van 30 juli 1981; artikel 26 io. 28/2 Genderwet van 10 mei 2007.

² Artikel 14 Antidiscriminatie wet van 10 mei 2007.

³ Artikel 12 Antiracismewet van 30 juli 1981; artikel 19 Genderwet van 10 mei 2007.

⁴ Cass., 9 oktober 2017, www.unia.be

⁵ Cass., 16 september 2013, C.12.0032.F/1.

⁶ Artikel 34 Antiracismewet io. KB 24 oktober 2008 tot aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden en van haar uitvoeringsbesluiten; artikel 32 Antidiscriminatie wet io. KB 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; artikel 38 Genderwet io. KB 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 discriminatie tussen vrouwen en mannen en van haar uitvoeringsbesluiten.

Sociaal Strafwetboek, dat vooral focust op sociale misdrijven, zijn de onderzoeksbevoegdheden van de inspectie geregeld. Omdat dit Sociaal Strafwetboek sterk focust op strafbaar gestelde inbreuken op sociale wetgeving, bestaat er bij de inspectie terughoudendheid om al haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek te gebruiken voor de handhaving van niet strafbaar gestelde vormen van discriminatie. Het gaat dan om het verhoren van getuigen en betrokkenen, het opvragen van sociale documenten, het gebruik van discriminatietoetsen en het opstellen van een proces-verbaal van overtreding om niet strafbare inbreuken op de antidiscriminatiewetten vast te stellen met behoud van de bijzondere bewijswaarde.

Zowel in haar aanbeveling nr. 165 '[Opsporing en toezicht inzake discriminatie in arbeidsbetrekkingen door de federale arbeidsinspectie](#)' (21 maart 2017) en haar [advies aan de Commissie Sociale Zaken](#) over het initiële wetsontwerp (1 december 2017) stelde Unia voor om naar analogie met het artikel XV.17. § 2 van het Wetboek van Economisch Recht een wetbepaling aan te nemen die op dit punt meer rechtszekerheid biedt. Dit voorstel vormde de basis voor amendement 55-1023/002, nr. 3, ingediend door de dames Willaert en Leroy en de heer Vanden Burre.

Unia vraagt de regering om overeenkomstig amendement 55-1023/002, nr. 3, ingediend door de dames Willaert en Leroy en de heer Vanden Burre, in het Sociaal Strafwetboek een artikel 42/2 op te nemen, dat luidt als volgt:

Art. 42/2. Bevoegdheid inzake niet-strafbare discriminatie <i>De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetten en het voorwerp kunnen uitmaken van een burgerrechtelijke of administratieve sanctie. In de uitoefening van hun ambt beschikken de in het eerste lid bedoelde ambtenaren over de bevoegdheden bepaald in de artikelen 23 tot 29 41* en over de bijzondere bevoegdheid bepaald in artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek wanneer zij ambtshalve dan wel op verzoek optreden in het kader van hun opdracht tot informatiegaring, advies en toezicht inzake de inachtneming van de bepalingen van de in het eerste lid vermelde wetten. De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel bewezen is.</i>	Art. 42/2. Compétence en matière de discrimination non punissable <i>Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables, sont interdits par ces lois et peuvent faire l'objet d'une sanction civile ou administrative. Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents visés à l'alinéa 1er disposent des pouvoirs mentionnés aux articles 23 à 29 41* et de la compétence spéciale visée à l'article 42/1 du Code pénal social lorsqu'ils interviennent soit d'office, soit sur demande, dans le cadre de leur mission de collecte d'informations, d'avis et de contrôle en ce qui concerne le respect des dispositions des lois mentionnées à l'alinéa 1er. Les procès-verbaux rédigés à cet égard ont force probante jusqu'à preuve du contraire.</i>
--	---

* De correctie "de bevoegdheden bepaald in de artikelen 23 tot 29 41" betreft de rechtszetting van een materiële vergissing voor wat betreft de verwijzing naar de bevoegdheden van de sociaal inspecteurs.

Dit amendement verschaft rechtszekerheid over de mogelijkheid voor de inspectie om haar onderzoeksbevoegdheden, waaronder discriminatietoetsen, in te zetten voor het handhaven van niet strafbaar gestelde overtredingen van de antidiscriminatiewetgeving. Daarnaast biedt het ook duidelijkheid dat de inspectie voor deze overtredingen indien nodig een proces-verbaal met bijzondere bewijswaarde kan opstellen ter attentie van het arbeidsauditoraat. Dit gebeurt slechts bij flagrante inbreuken of een onwil om te regulariseren. Hoewel de auditeur geen strafvervolgung kan instellen, kan deze wel een zogenaamde 'stakingsvordering' instellen via een

burgerrechtelijke procedure voor de voorzitter van de arbeidsrechtbank. De rechter kan vervolgens aan de overtreder bevelen om - eventueel onder verbeurte van een dwangsom - een discriminatoire praktijk stop te zetten.⁷

Ook Unia en het Instituut voor de Gelijkheid van Mannen en Vrouwen (IGVM) zouden op de vaststellingen uit het PV kunnen steunen om met de werkgever herstel- en/of preventiemaatregelen te onderhandelen of – in minder dan 1% van de dossiers – de zaak aan de rechter voor te leggen.⁸

Noot: de bevoegdheid van de inspectie om proces-verbaal op te stellen voor niet strafbare inbreuken

De arbeidsinspectie meent dat zij geen proces-verbaal zou kunnen opstellen voor niet strafrechtelijk gesanctioneerde inbreuken op het wettelijke discriminatieverbod. De inspectie stelde daarom voor om de laatste zin van het bovenvermelde amendement (nl. *“De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel bewezen is”*) anders te formuleren om verwarring te vermijden met het ‘proces verbaal van vaststelling’⁹ of het ‘e-PV’.¹⁰

Unia meent echter dat de sociaal inspecteurs wel degelijk de mogelijkheid hebben om een proces-verbaal op te stellen voor niet strafbare inbreuken op de antidiscriminatiewetten.¹¹ **Unia vraagt daarom om ook de laatste zin, die een letterlijke kopie is van artikel XV.17. § 2 van het Wetboek van Economisch Recht, integraal in het Sociaal Strafwetboek op te nemen.** Dit geeft de arbeidsauditoraten meer armslag in de strijd tegen niet strafbaar gestelde vormen van discriminatie (leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing, seksuele geaardheid ...).

2.2 Pas de motivering van de nood aan discriminatietoetsen aan zodat deze juridisch correct is. Motiveer ook waarom discriminatietoetsen nodig zijn om niet strafbare inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving vast te stellen.

2.2.1 Motivering op basis van de moeilijke bewijsvoering

De Memorie van Toelichting herneemt vanaf de 2^e alinea de juridisch niet correcte motivering die de toenmalige vertegenwoordiger voor de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten in 2017 deed tijdens de hoorzittingen. Hoewel het inderdaad klopt dat het zwak punt bij de arbeidsinspectie zich vooral situeert op het vlak van de bewijslast, gaf Unia reeds in 2017 aan dat de specifieke verwijzingen naar “aanzetten tot discriminatie”, “bijzonder opzet” en de openbaarheidsvereiste van artikel 444 Strafwetboek problematisch zijn.¹² Die begrippen hebben enkel betrekking op

⁷ Artikel 18 Antiracismewet; artikel 20 Antidiscriminatiewet; artikel 25 Genderwet; artikelen 15, 16 en 17 van de wet van 10 mei 2007 tot aanpassing van het Gerechtelijk Wetboek aan de wetgeving ter bestrijding van discriminatie en tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.

⁸ Unia geeft de voorkeur aan dialoog en onderhandelingen en stapt slechts uitzonderlijk naar de rechter (bv. bij onwil, om de wet te verduidelijken of te sensibiliseren). In het domein arbeid stapte Unia in 2019 slechts 6 keer naar de rechter op de 657 arbeidsdossiers die geopend werden. Het totale aantal meldingen rond arbeid bedroeg 1.804.

⁹ Art. 62 Sociaal Strafwetboek

¹⁰ Art. 100/2 Sociaal Strafwetboek

¹¹ Artikel 21, 5° van het Sociaal Strafwetboek bepaalt immers dat sociaal inspecteurs gebruik kunnen maken van hun beoordelingsbevoegdheid om *“processen-verbaal op te maken tot vaststelling van de inbreuken op de bepalingen van dit Wetboek, van de wetten bedoeld in Boek II van dit Wetboek en van de andere wetten waarvoor zij belast zijn met het toezicht op de naleving ervan, alsmede op de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van dit Wetboek en van voormelde wetten.”*

¹² [Advies van Unia aan de Commissie Sociale Zaken](#) over het initiële wetsontwerp m.b.t. mystery shopping (1 december 2017)

de 'haatspraak'-misdrijven uit de antidiscriminatiewetten.¹³ De arbeidsinspectie oefent daar géén toezicht op uit.¹⁴ Die zaken liggen dus niet aan de basis van de bewijsproblemen waarmee de inspectie kampt.

Il ressort des auditions organisées le 4 mars 2015 au sein de la Commission des Affaires sociales et consacrées à la question de la discrimination sur le marché du travail, qu'au sein des services de l'inspection du travail – Contrôle des lois sociales, le point faible se situe au niveau de la charge de la preuve du comportement discriminatoire.

Uit de hoorzittingen in de Commissie Sociale Zaken op 4 maart 2015 in verband met de vraag van de discriminatie op de arbeidsmarkt bleek dat het zwak punt bij arbeidsinspectie – Toezicht op de sociale wetten - zich situeert op het niveau van de bewijslast van het discriminatoir gedrag.

“Les faits commis ne peuvent être qualifiés de punissables que s'il est possible d'apporter la preuve concrète de l'infraction commise qui a permis d'établir l'incitation ou l'injonction de discriminer.”

“De gepleegde feiten kunnen slechts gekwalificeerd worden als strafbaar als het mogelijk is het concrete bewijs te leveren van de gepleegde inbreuk, die toegelaten heeft aan te zetten of opdracht te geven tot discriminatie.”

Il faut effectivement prouver qu'il y a incitation à la discrimination. Contrairement à ce qui est prévu pour la plupart des infractions au droit du travail, il faut prouver l'intention délictueuse.

Het bewijs moet effectief geleverd worden dat er aanzetting tot discriminatie is. In tegenstelling tot hetgeen voor de meerderheid van de inbreuken op het arbeidsrecht voorzien is, moet een bijzonder opzet bewezen worden.

La question de la preuve constitue un énorme problème sur le plan pénal.”

De vraag van het bewijs vormt een enorm probleem op strafrechtelijk gebied.”

Opzettelijke raciale en genderdiscriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen zijn niet strafbaar op basis van wetsartikelen die een 'bijzonder opzet' vereisen, maar een 'algemeen opzet' ('wetens en willens' discrimineren).¹⁵ **De bewijsproblemen waar de inspectie op strafrechtelijk gebied mee kampt vloeien voort uit het feit dat niet enkel het algemeen opzet om te discrimineren onomstotelijk aangetoond moet worden, maar ook het oorzakelijk verband tussen de origine of het geslacht en de benadeling. Tenslotte moet de inspectie ook het sluitende bewijs leveren dat de benadeling wettelijk op geen enkele manier te rechtvaardigen valt.** Deze bewijsproblemen op strafrechtelijk gebied vormen echter niet de enige argumenten die de nood verantwoorden om de arbeidsinspectie toe te laten om via discriminatietoetsen inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving vast te stellen.

In haar aanbeveling nr. 165 '[Opsporing en toezicht inzake discriminatie in arbeidsbetrekkingen door de federale arbeidsinspectie](#)' (21 maart 2017) verantwoordde Unia de nood aan discriminatietoetsen als volgt, p.14:

“5.2.1 Probleem: de onderzoeksmethoden van de inspectie laten niet toe verholde vormen van discriminatie vast te stellen

[...]

¹³ Artikel 20 Antiracismewet; artikel 22 Antidiscriminatiewet; artikel 27 Genderwet. Overeenkomstig het arrest van het Arbitragehof (Arbitragehof nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.51) is voor de toepassing van deze bepaling een 'bijzonder opzet' vereist. In lijn met het arrest van het Arbitragehof dient er met andere woorden sprake te zijn van een bijzondere wil om aan te zetten tot discriminatie, haat of geweld » (Parl. St., Kamer, 2006-2007, DOC 51-2720/001, p. 61). De bijzondere opzetvereiste is nodig om de vrije meningsuiting maximaal te beschermen.

¹⁴ Zie de wetsartikelen die opgesomd staan in voetnoot 6.

¹⁵ Artikel 25 io. 19 Antiracismewet; artikel 26 io. 28/2 Genderwet.

Aangezien discriminatie en het geven van discriminatoire opdrachten momenteel vooral mondeling of telefonisch verlopen, dringen zich nieuwe onderzoeksmethoden op die dagdagelijkse situaties nabootsen. Het gaat dan in hoofdzaak om een telefonische contactname of het uitsturen van een CV en referentie-CV, alsook het aannemen van de hoedanigheid van sollicitant of opdrachtgever in het kader van selectiegesprekken of persoonlijke contacten. De rechtsleer hanteert hiervoor uiteenlopende begrippen: praktijktests, situatietests, mystery calls, mystery shopping, ...

[...]

Dat discriminatie ook ná een inspectiecontrole moeilijk te bewijzen valt, vloeit voort uit het feit dat werkgevers erover waken om geen discriminatoire criteria schriftelijk vast te leggen (in databanken, interne documenten of e-mail). De arbeidsinspectie heeft bij sommige uitzendkantoren uitdrukkelijke instructies in deze zin teruggevonden. Ondanks de wettelijke represaillebescherming deinzen (ex-) collega's ervoor terug om belastende getuigenissen af te leggen tegen hun leidinggevende of werkgever.

Bovendien is het kenmerkend voor selectiebeslissingen in het kader van arbeidsbetrekkingen dat er een ruime appreciatiemarge bestaat op grond van zowel arbeidsgerelateerde als subjectieve factoren. Deze ruime appreciatiemarge laat toe om discriminatoire criteria te verhullen in individuele gevallen."

Naast de bewijsproblemen op strafrechtelijk gebied, vormen vooral de moeilijkheden die de inspectiediensten op het terrein ondervinden bij het reactief onderzoeken van individuele situaties de motivering voor de nood aan discriminatietoetsen, ongeacht of de inbreuk strafbaar gesteld is of niet. De moeilijkheden om met de klassieke onderzoeksbevoegdheden van de inspectie een inbreuk op de antidiscriminatiewetgeving vast te stellen gelden immers ongeacht of de discriminatie strafbaar is, dan wel een loutere wetsovertreding betreft.

Zo blijven er zowel bij opzettelijke discriminatie als bij onbewuste discriminatie op basis van stereotypen en vooroordelen zelden schriftelijk sporen achter. Discriminatoire selectiecriteria worden doorgaans verhuuld door te verwijzen naar een welbepaalde bijkomende competentie van de geselecteerde kandidaat of naar subjectieve factoren die steeds meespelen bij selectiebeslissingen (motivatie van de kandidaat, groepsdynamiek...). De inspecteur moet telkens rekening houden met alle concrete omstandigheden eigen aan de zaak (bv. strengere of net minder strenge selectiecriteria naargelang het aantal reeds geselecteerde kandidaten, profiel melder...). Bovendien voorziet de antidiscriminatiewet vaak in rechtvaardigingsmogelijkheden. Hierdoor kan het voor de inspecteur moeilijk zijn om zelf met zekerheid in te schatten dat een vermeende discriminatie niet te rechtvaardigen valt. De veelheid aan factoren en onzekerheden die een rol spelen, maken het voor de inspectie moeilijk om via een klassiek onderzoek duidelijke overtredingen vast te stellen.

Discriminatietoetsen verschaffen de arbeidsinspectie een bijkomende onderzoeksbevoegdheid om - in geval van toelating van de arbeidsauditeur - in meer gecontroleerde omstandigheden en op een meer objectieve manier zowel strafbare als niet strafbare overtredingen van de antidiscriminatiewetten vast te stellen en hieraan te remediëren.

Om discriminatie op de arbeidsmarkt in te dijken, onderstreept Unia het belang om bijkomend ook een overgang te maken van louter reactieve controles op basis van discriminatiemeldingen naar een actief handhavingbeleid. Hierbij kan de inspectie, in overleg met het arbeidsauditoraat, aan de hand van objectieve 'knipperlichten' (zoals onder meer datamining en eerdere controles) bepalen waar de inspectie discriminatietoetsen kan inzetten als startpunt van een onderzoek om het discriminatieverbod te handhaven.

2.2.2 Motivering op basis van de evenredigheidsvereiste qua strafmaat

Unia verwelkomt de schrapping van de woorden van artikel 42/1, §3, tweede lid, van het Sociaal Strafwetboek, met name *"Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend"* (artikel 3, 2° ontwerp). De Memorie van Toelichting motiveert op een correcte wijze waarom deze vereiste best geschrapt dient te worden (11^e alinea e.v.).

De strafbaarstellingen in de Antiracismewet en Genderwet zijn inderdaad véél lager dan de strafbaarstelling van courante inbreuken die de sociaal inspecteurs zouden moeten begaan (valsheid in geschrifte...).

Boven gaven we reeds aan dat er onduidelijkheid bestaat of de inspectie al haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek kan aanwenden om het discriminatieverbod te handhaven.¹⁶ De vereiste dat de strafbare feiten niet ernstiger mogen zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend, leek de toepassing van discriminatietoetsen uit te sluiten voor de handhaving van het discriminatieverbod op grond van leeftijd, handicap, seksuele geaardheid, geloof of levensbeschouwing ... Deze vormen van discriminatie zijn in het kader van arbeidsbetrekkingen enkel verboden maar niet strafbaar, ook niet als zij opzettelijk gebeuren.

De vereiste dat de strafbare feiten niet ernstiger mogen zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend, verhinderde ook het gebruik van discriminatietoetsen voor het vaststellen van discriminaties die voortvloeien uit onbewuste vooroordelen of stereotypen op grond van origine, geslacht, leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing, seksuele geaardheid... Ook deze vormen van discriminatie zijn in het kader van arbeidsbetrekkingen verboden maar niet strafbaar.

De bespreking van artikel 3 van het ontwerp (6^e alinea) verwijst daarentegen opnieuw naar de juridisch niet correcte motivering op basis van 'haatspraakmisdrijven' en de openbaarheidsvereiste van artikel 444 van het Strafwetboek (art. 22 Antidiscriminatiewet). De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten oefent echter geen toezicht uit op zogenaamde 'openbare hatespeech'. Politie en parket staan hier in voor opsporing en eventuele vervolging. De alinea kan bv. als volgt worden aangepast:

"Momenteel sluit de toevoeging van artikel 42/1, §3, lid 2 van het Sociaal Strafwetboek ("Die strafbare feiten mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.") een deel van de Algemene Discriminatiewet van 10 mei 2007 uit. Vanwege ~~het beperkte strafrechtelijke aspect van~~ [nvdr.: "het ontbreken van strafbaarstellingen voor discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen in"] deze wet (art. 22), kan een discriminatietoets ~~alleen~~ [nvdr.: "niet"] worden toegepast op discriminatie op grond van leeftijd, seksuele geaardheid, burgerlijke staat, geboorte, vermogen, godsdienst of overtuiging, politieke overtuiging, vakbondsovertuiging, taal, huidige of toekomstige gezondheidstoestand, handicap, lichamelijke of genetische eigenschap of sociale afkomst in een arbeidsverhouding, ~~in combinatie met de verzwarende omstandigheid van artikel 444 van het Strafwetboek.~~"¹⁷

Unia stelt voor om de toelichting bij artikel 3 van het ontwerp af te stemmen op de motivering die finaal weerhouden wordt in de memorie van toelichting (zie hierboven onder 2.2.1).

2.3 Laat de arbeidsauditeur beoordelen of de inzet van derden al dan niet aangewezen is. Voorzie in de wet dat deze derden geen strafbare feiten begaan. Regel in het uitvoeringsbesluit de eedaflegging en praktische modaliteiten (instructies, onkosten, verzekering).

Momenteel is enkel voorzien dat de sociaal inspecteur en de magistratuur geen strafbare feiten begaan, waardoor derden wél nog steeds vervolgd kunnen worden voor hun medewerking aan discriminatietoetsen. Dit is uiteraard niet de bedoeling voor zover zij handelen in overeenstemming met de instructies van het auditoraat en de inspectie.

De inspectie moet reeds toestemming vragen aan de arbeidsauditeur om tot discriminatietoetsen te mogen overgaan. Het lijkt ons de meest aangewezen oplossing dat de auditeur bij het verlenen van deze toelating ook geval

¹⁶ Zie punt 2.1

¹⁷ Artikel 444 van het Strafwetboek is geen verzwarende omstandigheid maar wel de openbaarheidsvereiste die geldt voor (haatspraak)-misdrijven. Deze openbaarheidsvereiste geldt echter niet voor discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen.

per geval beoordeelt of het nodig is om kortstondig derden in te zetten. Desgevallend, bepaalt de auditeur dan de concrete modaliteiten zodat de derden die overeenkomstig deze instructies handelen geen strafbare feiten begaan.

Unia stelt daarom voor om de beoordeling van situaties waarbij derden kunnen ingezet worden aan de auditeur te laten in functie van de concrete omstandigheden en deze niet op voorhand vast te leggen in een koninklijk besluit. Een KB blijft volgens Unia wel zinvol om een aantal modaliteiten meer concreet uit te werken zoals bv. de eedaflegging door de derde (met bv. een herinnering aan het verbod op uitlokking en geheimhoudingsplicht), ondertekening door de derde van de schriftelijke instructies en het verslag, regeling inzake onkosten en verzekering...

Unia stelt voor om het huidige artikel 5 uit het voorontwerp te vervangen door een bepaling die de (in het vet weergegeven) aanvullingen invoert:

~~Roed doorlijnd~~ = huidige tekst van art. 42/1 die gewijzigd wordt

Gele fluo = aanpassingen zoals voorzien in het ontwerp

Zwart vet = voorstel Unia

Art. 42/1. Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie

§ 1. Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociaal inspecteurs de bevoegdheid om, ~~bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, na een klacht of een melding, ondersteund door resultaten van datamining en datamatching~~ **bij objectieve aanwijzingen van discriminatie, of na een onderbouwde klacht of een melding of op basis van resultaten van datamining en datamatching**, zich voor te doen als klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd of wordt.

De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.

§ 2. Onverminderd paragraaf 3 is het de sociaal inspecteurs, belast met de uitvoering van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1, **alsook de derden** verboden in het kader van hun opdracht strafbare feiten te plegen.

§ 3. ~~Blijven vrij van straf~~ **Plegen geen strafbaar feit**, de sociaal inspecteurs **en de derden** die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

Die strafbare feiten ~~mogen niet ernstiger zijn dan die waarvoor de opsporingsmethode wordt aangewend en~~ moeten noodzakelijkerwijs evenredig zijn met het nagestreefde doel.

~~Blijft vrij van straf~~ **Pleegt geen strafbaar feit** de magistraat die machtiging verleent aan een sociaal inspecteur tot het plegen van strafbare feiten in het kader van de uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in paragraaf 1.

§ 4. De uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie **en de inzet van derden** zoals bedoeld in § 1 kan slechts gebeuren na een schriftelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings. Dit akkoord heeft eveneens betrekking op de strikt noodzakelijke strafbare feiten en de machtiging daartoe, zoals bedoeld in § 3.

Alle acties ondernomen tijdens de opsporing en de resultaten ervan worden opgetekend in een verslag en worden meegedeeld aan de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

§ 5. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan, mogen niet worden geïrriteerd in de zin van het artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.

De opsporingsmethode moet zich beperken tot het creëren van de gelegenheid om een discriminerende praktijk aan het licht te brengen. Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone klanten, potentiële klanten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen ~~en indien deze vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren~~ en indien deze vaststellingen niet redelijkerwijs op een andere manier kunnen gebeuren. Zij mag niet tot gevolg hebben dat een discriminerende praktijk gecreëerd wordt terwijl er geen ernstige aanwijzing was van praktijken die men kan bestempelen als directe of indirecte discriminatie.

~~§6. De sociaal inspecteur kan in het kader van de opdrachten die hem door dit artikel worden toevertrouwd, kortstondig een beroep doen op een persoon die niet tot de inspectiediensten behoort, indien zulks kennelijk noodzakelijk is voor het welslagen van zijn opdracht.~~

De Koning bepaalt bij een in Ministerraad overlegd besluit ~~de gevallen de wijze van eedaflegging~~, de voorwaarden en de modaliteiten voor de inzet van derden, bedoeld in de eerste alinea.

Art. 42/2. Bevoegdheid inzake niet-strafbare discriminatie

(zie aanbeveling 2.1)

De sociaal inspecteurs die belast zijn met het toezicht op de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van daden die, zonder strafbaar te zijn, verboden zijn door deze wetten en het voorwerp kunnen uitmaken van een burgerrechtelijke of administratieve sanctie.

In de uitoefening van hun ambt beschikken de in het eerste lid bedoelde ambtenaren over de bevoegdheden bepaald in de artikelen 23 tot 41 en over de bijzondere bevoegdheid bepaald in artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek wanneer zij ambtshalve dan wel op verzoek optreden in het kader van hun opdracht tot informatiegaring, advies en toezicht inzake de inachtneming van de bepalingen van de in het eerste lid vermelde wetten. De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel bewezen is.

3 Overige aanbevelingen inzake de arbeidsinspectie

Deze aanbeveling ligt in lijn met Unia haar [advies aan de Commissie Sociale Zaken](#) over het initiële wetsontwerp (1 december 2017) en haar eerdere aanbeveling nr. 165 '[Opsporing en toezicht inzake discriminatie in arbeidsbetrekkingen door de federale arbeidsinspectie](#)' (21 maart 2017).

Unia wijst in het bijzonder op haar voorstellen uit aanbeveling nr. 165 om:

- *datamining* te ontwikkelen als objectief 'knipperlicht' voor verdere controle;
- *administratieve geldboetes* mogelijk te maken voor inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving. Hiermee kan tegemoet gekomen worden aan de bezorgdheid om in getrapte en proportionele sancties te voorzien bij vaststellingen van discriminatie via discriminatietoetsen, eventueel ook voor inbreuken die niet strafbaar zijn (bv. onopzettelijke raciale of genderdiscriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen of discriminatie op grond van leeftijd, handicap, geloof of levensbeschouwing en seksuele geaardheid).
- binnen de arbeidsinspectie een *gespecialiseerd korps van een 10-tal inspecteurs* samenstellen dat exclusief toezicht houdt op de naleving van de antidiscriminatiewetten en de preventie van discriminatie.

4 Contact Unia

Bruno Martens (diensthoofd dienst Beleid en Samenleving): bruno.martens@unia.be

Bart Mondelaers (jurist dienst Individuele Ondersteuning - contactpersoon inspectie bij Unia):
bart.mondelaers@unia.be

