

ADVIES 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

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

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.

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.

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 buitengerechtigde oplossingen waarbij er via bemiddeling wordt getracht om tot een oplossing te komen. Flagrant 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.

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 antidiscriminatie wetgeving 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 opzetting 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 opzetting).

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.

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>

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.

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.

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.
