



**Opsporing en toezicht inzake discriminatie
in arbeidsbetrekkingen door de federale
arbeidsinspectie.**

AANBEVELING 165 – 31 maart 2017

Opsporing en toezicht inzake discriminatie in arbeidsbetrekkingen door de federale arbeidsinspectie.

AANBEVELING 165 van 31 maart 2017¹

¹ Het samenwerkingsakkoord tussen de federale overheid, de gewesten en de gemeenschappen voor de oprichting van het Interfederaal Centrum voor gelijke kansen en bestrijding van discriminatie en racisme van 12 Juni 2013 geeft aan Unia de bevoegdheid om “*onafhankelijke adviezen en aanbevelingen te richten tot elke overheid ter verbetering van de reglementering en de wetgeving.*” (art. 5).

Inhoudsopgave

1. BETROKKEN BEVOEGDHEDEN	4
2. CONTEXT.....	5
3. SAMENVATTING AANBEVELINGEN.....	6
4. FEDERALE RESOLUTIE VAN 2 JULI 2015 TOT INVOERING VAN GERICHTE CONTROLES INZAKE DISCRIMINATIE OP DE ARBEIDSMARKT	9
5. SAMENWERKINGSOVEREENKOMST VAN 22 OKTOBER 2010 TUSSEN UNIA EN DE INSPECTIE TOEZICHT OP DE SOCIALE WETTEN (TSW): EVALUATIE EN VOORSTELLEN.....	10
5.1. GERICHTE CONTROLES OP BASIS VAN KNIPPERLICHTEN ZOALS ONDER MEER 'DATAMINING', RESULTATEN VAN SECTORALE ZELFCONTROLE EN DISCRIMINATIEMELDINGEN	10
5.1.1 <i>Probleem: reactieve controles op basis van discriminatiemeldingen zijn onvoldoende om tot een effectieve handhaving te komen</i>	10
5.1.2 <i>Oplossing: via Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst ('SIOD') aan datamining doen en gerichte discriminatiecontroles coördineren via o.m. de arrondissementele cellen.....</i>	12
5.2. PRAKTIJKTESTEN DOOR DE ARBEIDSINSPECTIE	14
5.2.1 <i>Probleem: de onderzoeksmethoden van de inspectie laten niet toe verholde vormen van discriminatie vast te stellen</i>	14
5.2.2 <i>Oplossing: wettelijk kader voor 'praktijktesten door de arbeidsinspectie' creëren.....</i>	15
5.3. VERPLICHTING OM EEN SELECTIEDOSSIER AAN TE LEGGEN EN DIT 1 JAAR BIJ TE HOUDEN	21
5.3.1 <i>Probleem: de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten heeft geen zicht op alle kandidaturen in het kader van aanwervings- of promotiebeslissingen</i>	21
5.3.2 <i>Oplossing: bewaarplicht voorzien van alle kandidaturen in een selectiedossier.....</i>	21
5.4. INTERNE MOTIVERING VAN AANWERVING-, PROMOTIE- EN ONTSLAGBESLISSINGEN	22
5.4.1 <i>Probleem: de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten heeft geen zicht op de reden waarom een kandidaat afgewezen of geselecteerd werd.....</i>	22
5.4.2 <i>Oplossing: interne motiveringsplicht voorzien voor overheidsinstellingen en grote ondernemingen</i>	22
5.5. STATUUT VAN DE INSPECTEURS ARBEIDSDISCRIMINATIE BIJ DE INSPECTIE TOEZICHT OP DE SOCIALE WETTEN (TSW).....	24
5.5.1 <i>Probleemstelling</i>	24
5.5.2 <i>Oplossing: inspecteurs die voltijds toezicht houden op de antidiscriminatiewetgeving en bevoegdheden ontlenen aan de Welzijnswet</i>	26
5.6. ONDERZOEKSBEVOEGDHEDEN UIT HET SOCIAAL STRAFWETBOEK VERDER VERANKEREN VOOR NIET-STRAFRECHTELIJK BETEUGELDE VORMEN VAN DISCRIMINATIE IN ARBEIDSRELATIES.....	28
5.6.1 <i>Probleem: kan inspectie Toezicht Sociale Wetten alle onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek gebruiken voor toezicht op niet-strafbare vormen van discriminatie?</i>	28
5.6.2 <i>Oplossing: de bestaande wettelijke bepaling verduidelijken door een aanvulling</i>	29
5.7. VIA ADMINISTRatieve GELDBOETEN IN EEN GETRAPT SANCTIESYSTEEM VOORZIEN	30
5.7.1 <i>Probleem: geen administratieve geldboeten meer, ook niet bij strafbare vormen van discriminatie</i>	30
5.7.2 <i>Oplossing: een administratieve geldboete voorzien voor alle overtredingen van het burgerrechtelijke discriminatieverbod in arbeidsbetrekkingen</i>	31
6. COL-13/2013: OPSPORINGS- EN VERVOLGINGSBELEID ONDER LEIDING VAN HET ARBEIDSAUDITORAAT 32	
6.1. PROBLEEM: HET IS NIET DUIDELIJK OF ER EEN OPSPORINGS- EN VERVOLGINGSBELEID BESTAAT DAT AFGESTEMD IS OP DE SPECIFICITEITEN VAN ELK GERECHTELIJK ARRONDISSEMENT	32

6.2.	OPLOSSING: PRIORITEITEN VAN DE STRIJD TEGEN DISCRIMINATIE PER GERECHTELIJK ARRONDISSEMENT BEPALEN – GERICHTE CONTROLES COÖRDINEREN NAAR HET MODEL VAN DE SIOD	33
7.	CONTACT UNIA	33

*“De regering houdt vast aan een nul tolerantie inzake discriminatie,
in het bijzonder op de arbeidsmarkt.”*

(Federaal regeerakkoord, 9 oktober 2014)

1. Betrokken bevoegdheden

De heer Kris Peeters, Vice-eersteminister en minister van Werk, Economie en Consumenten, belast met Buitenlandse Handel.

De heer Koen Geens, minister van Justitie.

Mevrouw Zuhale Demir, staatssecretaris voor Armoedebestrijding, Gelijke Kansen, Personen met een beperking, en Wetenschapsbeleid, belast met Grote Steden.

De heer Philippe De Backer, staatssecretaris voor Bestrijding van de sociale fraude, Privacy en Noordzee.

Het College van Procureurs-generaal.

2. Context

Unia publiceerde in 2016 haar evaluatierapport van de antidiscriminatiewetgeving². Daarin adviseerde Unia om het toezicht van de antidiscriminatiewetgeving door de arbeidsinspectie te versterken. Daarnaast vroeg Unia om het opsporings- en vervolgingsbeleid door de arbeidsauditoraten aan te scherpen.

Tijdens de parlementaire hoorzittingen die aanleiding gaven tot de ‘resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt’ pleitte Unia voor een tweesporenbeleid. Daarin moest zowel plaats zijn voor een preventieve aanpak vanuit de sociale partners, als voor een daadkrachtig handhavingsbeleid door de arbeidsinspectie met gerichte controles die ook losstaan van individuele discriminatie-meldingen.

Met deze aanbeveling wenst Unia tegemoet te komen aan de vraag van het federale parlement om voorstellen te doen om de doelmatigheid van het samenwerkingsakkoord van 22 oktober 2010 tussen Unia en de algemene directie Toezicht op de Sociale Wetten te verbeteren. Eerdere voorstellen worden in deze tekst concreter uitgewerkt en Unia doet ook specifieke beleidsvoorstellen om te komen tot een meer effectieve handhaving van de antidiscriminatiewetgeving door de arbeidsinspectie. De gerichte controles door de arbeidsinspectie laten de arbeidsauditoraten toe om opsporings- en vervolgingsbeleid inzake discriminatie op de arbeidsmarkt verder te ontwikkelen per arrondissement (Omzendbrief COL-13/2013 van het College van procureurs-generaal).

Deze voorstellen over een betere handhaving van de antidiscriminatiewetgeving zijn gericht aan de beleidsverantwoordelijken en gerechtelijke actoren. Unia moedigt de sociale partners aan om bijkomende inspanningen te leveren om een betere naleving van de antidiscriminatiewetgeving te stimuleren via sectorale zelfregulering en zelfcontrole. Sectoren met een betrouwbare en transparante zelfregulering en zelfcontrole, zullen minder het voorwerp uitmaken van gerichte controles door de arbeidsinspectie.

Unia dringt er bij de sociale partners al jarenlang op aan om sectorale gedragsregels rond non-discriminatie op te nemen in collectieve arbeidsovereenkomsten. Voorlopig maakte enkel de uitzendsector werk van bindende zelfregulering en zelfcontrole. Preventie én controle gaan echter hand in hand en versterken elkaar wederzijds. Unia gaat ervan uit dat een effectief handhavingsbeleid door de inspectie responsabiliserend werkt voor de sociale partners.

² <http://www.unia.be/nl/publicaties-statistieken/publicaties/evaluatie-van-de-federale-antidiscriminatiewetten>

3. Samenvatting aanbevelingen

1. Unia dringt er bij de minister van Werk op aan om zo snel mogelijk:

- *binnen de ministerraad een consensus te zoeken om de nodige wetsontwerpen goed te keuren om versterkte controles mogelijk te maken;*
- *krachtvolle beleidsmaatregelen te nemen in de lijn van huidige aanbevelingen en de resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt.*

2. Unia stelt voor aan de ministers van Werk, Justitie, Sociale Zaken, Zelfstandigen, Binnenlandse Zaken, de Staatssecretaris voor de Coördinatie van de fraudebestrijding, vertegenwoordigers van RSZ, RVA en de directeur van de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst SIOD om een samenwerkingsakkoord af te sluiten dat erop gericht is de strijd tegen discriminatie op te voeren. Meer concreet, stelt Unia voor om:

- *de bestaande SIOD-organen voor overleg, advies en ondersteuning de opdracht te geven om in hun reguliere werking afzonderlijke aandacht te besteden aan de strijd tegen discriminatie;*
- *een nieuwe, permanente cel te creëren binnen het Federaal Aansturingsbureau van SIOD die expertise in de strijd tegen discriminatie samenbrengt en onder meer via datamining ondersteuning biedt aan de arrondissementscellen om gerichte controles naar discriminatie mogelijk te maken;*
- *de nodige financiering te voorzien om data uit bestaande socialegegevensbanken samen te brengen en algoritmes uit te werken die discriminatiepatronen kunnen blootleggen. Dit moet toelaten om zo spoedig mogelijk op basis van datamining te detecteren welke overheidsinstellingen, specifieke sectoren, private werkgevers of intermediairs aanwijzingen van structurele discriminatie vertonen.*

3. Unia dringt er bij de minister van Werk op aan om een wetsontwerp neer te leggen dat de inspectie of door de inspectie aangestelde derden de bijzondere bevoegdheid verleent om op het vlak van non-discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen in welbepaalde gevallen praktijktesten te organiseren.

4. Unia stelt voor om voor alle overheidsinstellingen en middelgrote en grote werkgevers een wettelijke verplichting in te voeren om alle kandidaturen voor een openstaande vacature alsook de reactie daarop gedurende 1 jaar te bewaren in één selectiedossier. Die verplichting kan eventueel ingevoerd worden via het Sociaal Strafwetboek en gesanctioneerd worden met een administratieve geldboete.

5. Unia stelt voor om voor alle overheidsinstellingen en grote ondernemingen een wettelijke verplichting in te voeren om alle beslissingen inzake selectie, promotie of ontslag intern te motiveren en deze gedurende 1 jaar te bewaren in het selectiedossier.

6. Unia stelt de Minister van Werk voor om samen met de regionale overheden en de sociale partners te bekijken welke regeling met gelijkaardige resultaten kan ingevoerd worden voor professionele selectiekantoren of arbeidsbemiddelingsbureaus.

7. Unia stelt voor om binnen de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg een nieuw team van inspecteurs 'arbeidsdiscriminatie' op te richten. Dat team krijgt dan als hoofdopdracht het ambtshalve toezicht op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving bij ondernemingen of overheidsinstanties die risicogedrag vertonen.

8. De bestaande uitvoeringsbesluiten die bepalen dat de inspectie Toezicht Sociale Wetten toezicht houdt op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving moeten volgens Unia gewijzigd worden. Zodra de feiten gelinkt zijn met een in de antidiscriminatiewetgeving beschermd criterium moet het bovenvermelde team van inspecteurs 'arbeids-discriminatie' ook bevoegd worden om toezicht te houden op:

- (1) de bepalingen van 'Hoofdstuk Vbis – Bijzondere bepalingen betreffende geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk'
- (2) de bepalingen betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers van de Welzijnswet van 4 augustus 1996 en hun uitvoeringsbesluiten.

9. Unia stelt voor het bovenvermelde team van inspecteurs 'arbeidsdiscriminatie' bevoegd te maken om preventiemaatregelen op te leggen op grond van de Welzijnswet van 4 augustus 1996 en/of het voorstel uit de federale resolutie van 2 juli 2015 om: *"op basis van artikel 21, 3, van het Sociaal Strafwetboek, aan de potentiële overtreder een termijn [te] verlenen om zich in regel te stellen. De werkgever dient binnen die termijn te bewijzen dat hij duidelijke maatregelen heeft genomen om iedere vorm van discriminatie op de arbeidsmarkt te voorkomen."*

10. Unia stelt voor de inspectie Toezicht Sociale Wetten een uitdrukkelijke wettelijke basis te verlenen om haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociale Strafwetboek te gebruiken in het kader van haar toezichtopdracht voor niet strafbaar gestelde vormen van discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen. De artikelen 32 Antidiscriminatiewet en 34 Antiracismewet kunnen in die zin aangevuld worden.

11. Unia stelt voor om via het Sociaal Strafwetboek een administratieve geldboete te voorzien voor alle inbreuken op het burgerrechtelijke discriminatieverbod in arbeidsbetrekkingen.

12. Unia vraagt om de mogelijkheid te onderzoeken om in geval van overtreding van de antidiscriminatiewetgeving vanuit de toezichthoudende inspectiediensten een burgerrechtelijke forfaitaire vergoeding voor te stellen.

13. Unia stelt het College van Procureurs-generaal en de minister van Justitie voor om de strijd tegen discriminatie op de arbeidsmarkt per gerechtelijk arrondissement te organiseren naar het model van de strijd tegen sociale fraude. De arbeidsauditeur staat in voor de prioriteiten en de coördinatie van de arrondissementele SIOD-cel waar ook federale en regionale inspectiediensten deel van uitmaken.

4. Federale resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt

De resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt³, roept de regering op om 1°) de sociale partners te responsabiliseren, en 2°) de handhaving door de arbeidsinspectie te versterken.

Meer concreet, vraagt het parlement aan de minister van Werk om de sociale partners aan te sporen om per sector bindende gedragscodes over non-discriminatie uit te werken.⁴ Opdat deze zelfregulering geen dode letter blijft, vraagt het parlement de sociale partners te stimuleren om systemen van zelfcontrole uit te werken naar het voorbeeld van de uitzendsector.

Werkgeversfederatie Federgon organiseert regelmatig praktijktesten onder de vorm van 'mystery shopping'.⁵ Transparantie over de wijze waarop sectoren zelfcontrole organiseren, alsook over de resultaten ervan staan hierbij centraal. De paritaire comités moeten de algemene directie Toezicht op de Sociale Wetten laten weten welke werkgevers de zelfregulering niet naleven en volharden in discriminatoire praktijken.

De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten kan op basis van deze gegevens aan de potentiële overtreder een termijn verlenen om zich in regel te stellen.⁶ Indien binnen die termijn geen passende preventie maatregelen genomen werden, kan de inspectie een onderzoeksrechter vragen om hen bijkomende onderzoeksbevoegdheden te verlenen.⁷

Volgens de resolutie is deze werkwijze met onmiddellijke ingang mogelijk voor de federale overheidsinstellingen. Ondernemingen uit de privésector die 2 jaar na de resolutie nog steeds geen afdoende zelfcontrole organiseren of onvoldoende transparant zijn naar de inspectie zouden vanaf juli 2017 ook kunnen het voorwerp uitmaken van gerichte controles.

✓ *Unia dringt er bij de minister van Werk op aan om zo snel mogelijk:*

binnen de ministerraad een consensus te zoeken om de nodige wetsontwerpen goed te keuren om versterkte controles mogelijk te maken;

³ DOC 54 1108/006 (2014/2015)

⁴ De sociale partners engageerden zich in 2008 via CAO nr. 38 tot het uitwerken van sectorale gedragscodes rond non-discriminatie bij werving en selectie. Unia stelde voor deze gedragscodes via CAO nr. 95 uit te breiden tot alle fasen van de arbeidsrelatie (CGKR, [Jaarverslag Discriminatie/Diversiteit 2008](#), p. 13-17). De uitzendsector is een van de weinige sectoren die effectief uitvoering gaf aan dit interprofessioneel engagement (Collectieve arbeidsovereenkomst van 3 oktober 2011 betreffende de gedragscode ter preventie van discriminatie).

⁵ Het parlement stelt voor om de zelfcontrole via de sociale partners te organiseren.

⁶ Hiervoor moet een nieuwe bepaling opgenomen worden in artikel 21, 3° van het Sociaal Strafwetboek.

⁷ Het parlement lijkt ervan uit te gaan dat een gerechtelijk onderzoek onder leiding van een onderzoeksrechter volstaat om discriminatie vast te stellen. Zie verder onder punt 5.2 over 'mystery shopping'.

- ✓ *krachtdadige beleidsmaatregelen te nemen in de lijn van huidige aanbevelingen en de resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt.*

5. Samenwerkingsovereenkomst van 22 oktober 2010 tussen Unia en de inspectie Toezicht op de Sociale wetten (TSW): evaluatie en voorstellen

5.1. Gerichte controles op basis van knipperlichten zoals onder meer ‘datamining’, resultaten van sectorale zelfcontrole en discriminatiemeldingen

5.1.1 Probleem: reactieve controles op basis van discriminatiemeldingen zijn onvoldoende om tot een effectieve handhaving te komen

Momenteel voert de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) hoofdzakelijk reactieve controles uit op basis van discriminatiemeldingen die Unia aan de inspectie overmaakt of die de inspectie rechtstreeks ontvangt. Maar louter reactieve controles volstaan niet om het hardnekkige probleem van discriminatie op de arbeidsmarkt in te dijken.⁸

Vooreerst weten slachtoffers doorgaans niet dat zij omwille van discriminatoire criteria geweerd werden. Ze kennen de redenen niet waarom een andere kandidaat wel geselecteerd werd. Ook als slachtoffers een vermoeden van discriminatie hebben, weten zij vaak niet welke hun rechten zijn of zien zij er om diverse redenen van af om een mogelijk geval van discriminatie bij Unia te melden.⁹ Zelfs in de gevallen waarbij er effectief een melding bij Unia gebeurt, is het doorgaans niet nodig om beroep te doen op de inspectie. Dat kan bijvoorbeeld als er al afdoende bewijzen zijn om rechtstreeks met de werkgever een dialoog aan te gaan over een onderhandelde oplossing met herstel- en preventiemaatregelen. Soms is het niet wenselijk om beroep te doen op de inspectie, bijvoorbeeld als de melder geen tussenkomst van de inspectie wenst; als getuigen hiermee in een delicate positie komen ten aanzien van hun werkgever; als het uitgesloten is om de discriminatie objectief vast te stellen via de inspectie, zoals bij woord-tegen-woord situaties.

Om tot een effectieve handhaving van de antidiscriminatiewetgeving te komen is het dan ook cruciaal dat de inspectie over andere aanwijzingen dan individuele meldingen beschikt om tot

⁸ Wetenschappelijk onderzoek toont aan dat sollicitanten van vreemde origine, met een handicap of uit oudere leeftijdscategorieën, minder kans maken om uitgenodigd te worden op een sollicitatiegesprek. Bron: Diversiteitsbarometer Werk (2012), Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

⁹ Zie ook ‘Access to justice in cases of discrimination in the EU – Steps to further equality’ (2012), Fundamental Rights Agency.

ambtshalve controles over te gaan. Het is voor een inspectiedienst immers verboden om binnen een onderneming of organisatie op willekeurige wijze aanwijzingen te zoeken van discriminatie (*'fishing expedition'*). Om 'gerichte controles' mogelijk te maken, dient de arbeidsinspectie dan ook over 'knipperlichten' te beschikken die op voorhand aantonen bij welke sectoren, overheidsinstanties of ondernemingen sollicitanten, uitzendkrachten of werknemers objectief gezien een verhoogd risico op discriminatie lopen.

Dergelijke 'knipperlichten' kunnen onder meer, maar niet uitsluitend, bestaan uit:

- *discriminatiemeldingen vanwege werknemers of werkzoekenden, eventueel gescreend en aan de arbeidsinspectie overgemaakt door de openbare gelijkebehandelingsinstanties Unia of het Instituut voor de Gelijkheid tussen Vrouwen en Mannen (IVGM),*
- *resultaten van sectorale zelfregulering en zelfcontrole¹⁰, waaruit blijkt dat bij specifieke ondernemingen of overheidsinstanties kennelijke aanwijzingen van discriminatie blijven bestaan,*
- *de afwezigheid van sectorale zelfregulering en zelfcontrole of gebrekkige transparantie ten aanzien van de arbeidsinspectiediensten inzake de gebruikte methodologie of resultaten,*
- *statistische analyses die via het kruisen van geaggregeerde data uit overheidsdatabanken wijzen op een mogelijks discriminatiepatroon bij specifieke ondernemingen of overheidsinstanties ('datamining').*

Datamining is een onderzoeksmethode waarbij statistische verbanden gemaakt worden door algoritmes toe te passen op bestaande overheidsdatabanken (zoals bv. de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid) en door vaststellingen vanwege verschillende inspectiediensten systematisch te registreren. Het maakt het mogelijk om te achterhalen bij welke overheidsinstanties, ondernemingen of organisaties er objectieve aanwijzingen bestaan van een discriminatoir personeelsbeleid. Het laat ook toe om risicoprofielen van mogelijke overtreders op te stellen en om zicht te krijgen op de werkwijze die zij hanteren (*'modus operandi'*). Deze methode maakt het mogelijk om te weten waar controles aangewezen zijn en op welke manier deze gerichte controles het best georganiseerd worden.

Om discriminatie op de arbeidsmarkt in te dijken, onderstreept Unia het belang om de overgang te maken van louter reactieve controles op basis van discriminatiemeldingen naar een actief handhavingsbeleid met gerichte controles op basis van 'knipperlichten' zoals onder meer datamining.

¹⁰ Zie in dit verband de 'Federale Resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt' (DOC 54 - 1108/006) en de 'Vlaamse Resolutie van 28 oktober 2015 betreffende de sensibilisering, preventie en handhaving inzake discriminatie op de arbeidsmarkt van personen met een migratieachtergrond' (415, 2014-2015 – nr. 5).

5.1.2 Oplossing: via Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst ('SIOD') aan datamining doen en gerichte discriminatiecontroles coördineren via o.m. de arrondissementele cellen

Om een actief handhavingsbeleid met gerichte discriminatiecontroles mogelijk te maken stelt Unia voor om complementariteit te zoeken met bestaande structuren die actief zijn in de strijd tegen de sociale fraude.

Om de strijd tegen zwartwerk en sociale fraude te versterken, werd een overkoepelende structuur, de Sociale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (SIOD) in het leven geroepen om de sociale inspectiediensten te ondersteunen. De SIOD heeft onder meer als doel om de samenwerking te bevorderen tussen de verschillende federale en regionale inspectiediensten, de politie en gerechtelijke actoren zoals het arbeidsauditoraat en parket.

SIOD is een overkoepelende dienst die zelf geen opsporingsonderzoeken doet, maar die via haar verschillende organen een coördinerende en ondersteunende rol opneemt in de strijd tegen sociale fraude. Elk van deze organen kan vanuit haar bestaande opdrachten een belangrijke rol opnemen in de strijd tegen discriminatie.¹¹

- *de 'Raad van Partners' is een advies- en overlegorgaan dat aanbevelingen doet aan de bevoegde ministers om bestaande wetgeving aan te passen. Zij is samengesteld uit onder meer leidend ambtenaren van overheids- en inspectiediensten, een procureur-generaal die het college van procureurs-generaal vertegenwoordigt, vertegenwoordigers van de gewesten en vertegenwoordigers van de sociale partners.*
- *het 'Federaal Aansturingsbureau' ('Bureau') stelt een beleidsplan en operationele plannen op om het regeringsbeleid in de strijd tegen sociale fraude uit te voeren en op te volgen. Het ondersteunt de inspanningen om de inspectiediensten volledige toegang te geven tot alle gegevensbanken die nodig zijn om hun controleopdrachten uit te voeren. Met behulp van analisten verricht het Bureau studies en doet het aan datamining met als doel de controleoperaties van de inspectiediensten binnen de SIOD-arrondissementscellen aan te sturen en deze controles efficiënt te doen verlopen.*
- *de 'arrondissementscellen' zijn de operationele tak per gerechtelijk arrondissement. Zij worden voorgezeten door de arbeidsauditeur die instaat voor het organiseren en coördineren van de controles op de naleving van de verschillende sociale wetgevingen in verband met illegale arbeid en sociale fraude en die de nodige opleidingen voorziet. De cel is samengesteld uit vertegenwoordigers van de verschillende sociale inspectiediensten, waaronder ook de inspectiediensten die bevoegd zijn voor de controles op het gewestelijke tewerkstellingsbeleid. Daarnaast maken ook een magistraat van het parket van de procureur des Konings en een vertegenwoordiger van de federale politie deel uit van de arrondissementscel.*

¹¹ Zie de artikelen 3 tot 15 van het Sociaal Strafwetboek.

Unia benadrukt dat de strijd tegen discriminatie een vorm van de strijd tegen sociale fraude is. Het SIOD-akkoord heeft ook als doel om tot een efficiëntere samenwerking te komen in de strijd tegen discriminatie tussen de regionale en federale arbeidsinspectiediensten, sociale inspectiediensten, politie en openbaar ministerie:

“De beoogde samenwerking betreft:

— [...] alle samenwerking die kan bijdragen tot een efficiëntere bestrijding van illegale arbeid en sociale fraude op het vlak van onder meer [...] antidiscriminatiewetgeving en dit met inachtneming van de geldende organisatorische regels, van de bevoegdheden en van de administratieve doelstellingen van elk van de ondertekenende partijen.”¹²

De SIOD is rechtstreeks afhankelijk van de Ministers van Werk, Justitie, Sociale Zaken, Zelfstandigen en van de Staatssecretaris voor de Coördinatie van de fraudebestrijding. Via het samenwerkingsakkoord over de bestrijding van ernstige en georganiseerde sociale fraude werd een permanente gemengde ondersteuningscel opgericht bestaande uit vier sociaal inspecteurs, een analist en twee politie-inspecteurs die bij de SIOD gedetacheerd zijn. Naar analogie van de ondersteuningscel tegen btw-carrouselfraude wisselt deze ondersteuningscel hun ervaringen en respectieve knowhow uit om bruikbare variabelen te bepalen om via datamining op een doeltreffende wijze de strijd aan te gaan met ernstige en georganiseerde sociale fraude. Daarnaast wordt een jaarlijks actieplan opgesteld waarin de topambtenaren van de sociale inspectiediensten, de SIOD, de politiediensten en het openbaar ministerie de risicosectoren bepalen.

Een gelijkaardige ondersteuningscel zou ermee belast kunnen worden om statistische verbanden in de databank te leggen waarmee verschillende discriminatiescenario's blootgelegd kunnen worden: bijvoorbeeld ondernemingen die systematisch oudere werknemers ontslaan, organisaties die zowel personen van Belgische als van vreemde origine via uitzendarbeid tewerkstellen maar alleen personen van Belgische origine laten doorstromen naar een vaste loondienst, bedrijven die personen systematisch ontslaan na een periode van arbeidsongeschiktheid, ... Deze datamining laat toe werkgevers te detecteren die een risicoprofiel vertonen voor welbepaalde ernstige vormen van discriminatie op basis van leeftijd, nationale afstamming, handicap, enz.

Deze datamining kan een van de meest cruciale 'knipperlichten' zijn om gerichte discriminatiecontroles te organiseren door de federale en regionale inspectiediensten die belast zijn met het toezicht op de antidiscriminatiewetgeving. De arbeidsauditeur kan aan de hand van deze data, eventueel binnen het kader van de SIOD-arrondissementscellen, gerichte controleacties coördineren. Datamining zorgt ervoor dat enkel ondernemingen of overheidsinstanties geïdentificeerd worden waar er op basis van geaggregeerde data aanwijzingen van discriminatie voorhanden zijn.

✓ *Unia stelt voor aan de ministers van Werk, Justitie, Sociale Zaken, Zelfstandigen, Binnenlandse Zaken, de Staatssecretaris voor de Coördinatie van de fraudebestrijding,*

¹² Art. I. 1.1 van het Samenwerkingsakkoord van 1 juni 2011 tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen en Gewesten betreffende de coördinatie van de controles inzake illegale tewerkstelling en sociale fraude.

vertegenwoordigers van RSZ, RVA en de directeur van de SIOD om een samenwerkingsakkoord¹³ af te sluiten dat erop gericht is de strijd tegen discriminatie op te voeren.

Meer concreet, stelt Unia voor om:

- *de bestaande SIOD-organen¹⁴ voor overleg, advies en ondersteuning te gelasten om in hun reguliere werking een afzonderlijke aandacht te besteden aan de strijd tegen discriminatie;*
- *een nieuwe, permanente cel te creëren binnen het Federaal Aansturingsbureau van SIOD die expertise in de strijd tegen discriminatie samenbrengt en onder meer via datamining ondersteuning biedt aan de arrondissementscellen om gerichte controles naar discriminatie mogelijk te maken;*
- *de nodige financiering te voorzien om data uit bestaande socialegegevensbanken samen te brengen en algoritmes uit te werken die discriminatiepatronen kunnen blootleggen. Dit moet toelaten om zo spoedig mogelijk op basis van datamining te detecteren welke overheidsinstellingen, specifieke sectoren, private werkgevers of intermediairs aanwijzingen van structurele discriminatie vertonen.*

5.2. Praktijktesten door de arbeidsinspectie

5.2.1 Probleem: de onderzoeksmethoden van de inspectie laten niet toe verhulde vormen van discriminatie vast te stellen

De arbeidsinspectie heeft al de mogelijkheid om toegang te krijgen tot de arbeidsplaats, sociale documenten in beslag te nemen, toegang te krijgen tot informaticatoepassingen waar sociale gegevens op staan, enz.¹⁵ Deze bevoegdheden kunnen zij zowel ambtshalve uitoefenen als op instructie van het arbeidsauditoraat of het parket in het kader van een opsporingsonderzoek (of onderzoeksrechter in het kader van een gerechtelijk onderzoek).

De samenwerkingsovereenkomst tussen Unia en de inspectie TSW leidt momenteel tot weinig tastbare resultaten. Nochtans zijn de huidige controles door de inspectie relatief arbeidsintensief. Sinds 2010 werd bij ons weten op basis van meldingen van Unia slechts één *pro justitia* opgemaakt op basis van belastende e-mails (die al in het bezit van de benadeelden waren en die Unia aan de inspectie overmaakte). Ook de administratieve inspectieverslagen die Unia ontving, bevatten doorgaans onvoldoende belastend materiaal om onderhandelingen te kunnen opstarten met een werkgever over preventie en herstelmaatregelen.

¹³ Naar analogie met het samenwerkingsakkoord over de bestrijding van ernstige en georganiseerde sociale fraude.

¹⁴ De Algemene Raad van Partners en het Federaal Aansturingsbureau.

¹⁵ Zie de artikelen 23 tot 49/3 van het Sociaal Strafwetboek.

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.

5.2.2 Oplossing: wettelijk kader voor 'praktijktesten door de arbeidsinspectie' creëren

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*, ...

Unia gebruikt de term 'praktijktesten' als een generieke term die verwijst naar een test waarbij een courante praktijksituatie kunstmatig gecreëerd wordt door een partij (hier: de inspectie TSW) om zo zuiver mogelijk na te gaan of de betrokken werkgever of intermediair op grond van het onderzochte kenmerk discrimineert of ingaat op discriminatoire verzoeken. Deze methode laat toe om toegelaten of subjectieve selectiecriteria zoveel mogelijk uit te sluiten als verklaring voor een verschil in behandeling.

Juridische experts bevestigden, zowel tijdens de hoorzittingen die de Commissie Sociale Zaken van het federale parlement in mei 2015 organiseerde als in een schriftelijk advies aan de Vlaamse Regering, dat de inspectie een praktijktest kan organiseren op voorwaarde dat *"een wettelijke of reglementaire bepaling haar die bevoegdheid uitdrukkelijk toekent."*¹⁶

Om praktijktesten mogelijk te maken moet niet enkel de wettelijke basis, maar ook de modaliteiten en de bewijswaarde ervan door de wetgever geregeld worden. De Raad van State stelt dat *"de mogelijkheid tot bewijsvoering via statistische gegevens of praktijktests geregeld moet worden door de wetgever [die zelf] moet zoeken naar een billijk evenwicht tussen de bevordering van de gelijkheid en de niet-discriminatie (artikelen 10 en 11 van de Grondwet) en de eerbiediging van de overige"*

¹⁶ Advies van 3 april 2015 van Mr. Véronique Pertry, Bart Martel en Tom Bauwens aan de Vlaamse Overheid, Departement Werk & Sociale Economie, in verband met de problematiek van de discriminatie in het dienstenchequesysteem.

fundamentele rechten en vrijheden, [...] en aldus ervoor moet zorgen dat tegen de «praktijktests» niet kan worden ingebracht dat ze gepaard gaan met uitlokking of deloyale handelingen.»¹⁷

Vooreerst is een wettelijke uitzondering vereist op de voorafgaande legitimatieplicht van de sociale inspecteurs (artikel 20 Sociaal Strafwetboek). Deze legitimatieplicht vloeit voort uit artikel 12.2 van het IAO-Verdrag nr. 81. Dit verdrag belet echter niet dat er uitzonderingen op de legitimatieplicht van sociale inspecteurs kunnen bestaan, als die voorafgaandelijke legitimatie de vaststelling van inbreuken zou verhinderen. Dit werd zowel bevestigd in een advies van de studiedienst van de federale overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg op vraag van Unia¹⁸ als via de Internationale Arbeidsorganisatie op vraag van de Brusselse minister van Werk en Economie.¹⁹

Unia pleit ervoor om praktijktesten door de arbeidsinspectie enkel in te zetten als er al op voorhand objectieve aanwijzingen of 'knipperlichten' van discriminatie bestaan. Bij de test mag bovendien geen sprake zijn van uitlokking of provocatie. In een dergelijke specifieke situatie een discriminatoire vraag stellen, maakt echter op zich nog geen verboden provocatie of uitlokking uit.²⁰

Het nabootsen van courante praktijksituaties in discriminatieaangelegenheden is in de praktijk vaak enkel mogelijk door kleine strafrechtelijke overtredingen te plegen (bv. het gebruik van een valse naam, opname van een telefoongesprek door een ambtenaar²¹, ...). Omwille van deze reden zou een wetsbepaling moeten voorzien dat ambtenaren die in dit kader strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen vrij van straf blijven.

Terzijde: een gerechtelijk onderzoek lijkt doorgaans niet aangewezen

De resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt gaat ervan uit dat [...] *er gerichte controles kunnen worden uitgevoerd in het kader van een gerechtelijk onderzoek om bewijsmateriaal in te zamelen met het oog op de opmaak van een proces-verbaal.*" Een gerechtelijk onderzoek gebeurt onder leiding van een onderzoeksrechter die de meest vergaande bevoegdheden heeft om politiediensten en parket te machtigen om gebruik te maken van bijzondere opsporingsmethoden (bv. het

¹⁷ Kamer van Volksvertegenwoordigers 2001-2002, Wetsontwerp 1578/2 (advies van de Raad van State nr. 32.967/2), p. 9.

¹⁸ Advies van 12 oktober 2015 met referentie WEA/AFDJUR/HC/18461.

¹⁹ Integraal verslag van de vergadering van 15/12/2016 van de Commissie Economische Zaken/Tewerkstelling, p.57 - <http://weblex.irisnet.be/data/crb/biq/2016-17/00036/images.pdf>

²⁰ Het Hof van Cassatie oordeelde in het zogenaamde 'lokauto- arrest' van 17 maart 2010 dat er geen sprake is van provocatie wanneer de politie een alledaagse situatie creëert, zoals bijvoorbeeld het achterlaten van een aktetas in een afgesloten voertuig. Of een situatie 'alledaags' is, is een feitenkwestie die kan blijken uit journalistieke undercoverreportages, wetenschappelijke studies, diversiteitsbarometers, enz. Het aanbieden van een geldsom om te discrimineren is een duidelijk geval van verboden uitlokking.

²¹ Op basis van rechtspraak van het Hof van Cassatie kan men afleiden dat de opname van louter professionele communicatie door een van de deelnemers als bewijs in rechte niet steeds onder de bescherming van het privéleven valt. In een arrest van 9 september 2008 oordeelde het Hof dat het aan de rechter toekomt om op grond van de feitelijke gegevens van de zaak de verenigbaarheid met artikel 8 EVRM te beoordelen. Daarbij is het criterium van de redelijke privacyverwachting van belang. Dit criterium heeft onder meer betrekking op de inhoud en de omstandigheden waaronder het gesprek plaatsvond, waaronder de graad van intimiteit tussen de gespreksdeelnemers.

afluisteren of opnemen van privételefoongesprekken, undercoverpraktijken, pseudokoop ...). De tussenkomst van een onderzoeksrechter is in dit kader essentieel omdat de grondrechten en meer in het bijzonder de privacy van burgers aangetast kan worden. Deze bijzondere opsporingsmethoden zijn voorbehouden voor een limitatieve lijst van zware misdrijven. Discriminatiemisdrijven zijn niet opgenomen in deze lijst. Bovendien is ook de strafmaat voor discriminatievormen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden (opzettelijke raciale en genderdiscriminatie) niet zwaar genoeg om bijzondere opsporingsmethoden te kunnen gebruiken.

Een controle door de arbeidsinspectie valt niet te vergelijken met een situatie waarbij politiediensten en parket aan de onderzoeksrechter toestemming moeten vragen om zware misdrijven van burgers in hun privéleven onderzoeken via intrusieve opsporingstechnieken. Aangezien de sociale inspectie haar controle beperkt tot arbeidsrelaties en enkel inzage vraagt in sociale documenten, beschikken zij via het Sociaal Strafwetboek over ruimere onderzoeksbevoegdheden om ambtshalve of op vraag van de gerechtelijke overheid sociaalrechtelijke inbreuken vast te stellen.

De bevoegdheid om vanuit de arbeidsinspectie in welbepaalde gevallen praktijktesten te organiseren, kan volgens Unia opgenomen worden bij de ambtshalve bevoegdheden van de arbeidsinspectie in het Sociaal Strafwetboek. Dit laat ook toe dat de arbeidsauditeur de coördinatie van deze controles op zich neemt via de arrondissementele SIOD-cel, waarin zowel de federale als de regionale arbeidsinspectiediensten vertegenwoordigd zijn en waar het auditoraat de concrete modaliteiten en randvoorwaarden van de controle kan bepalen.²²

Praktijktesten maken het mogelijk om bij concrete aanwijzingen van discriminatie op een betrouwbare manier via de arbeidsinspectie vast te stellen of er al dan niet sprake is van een wettelijk vermoeden van discriminatie. Het is een sluitstuk op de eerdere voorstellen om gerichte controles op basis van knipperlichten te organiseren. Bovendien beschikt de arbeidsinspectie over een 'vrij appreciatierecht'. Dit houdt in dat vaststellingen die via praktijktesten bevestigd worden aanleiding geven tot een 'gevarieerd en getrappt sanctiesysteem' (informatieverstrekking, waarschuwing, vraag tot regularisering, aanvullend bewijs in een burgerrechtelijke procedure, opmaak pro justitia, ...).

Unia wijst in dit verband ook op het voorstel om de inspectie de bevoegdheid toe te kennen om aan de potentiële overtreder een termijn te verlenen om zich in regel te stellen. De werkgever dient binnen die termijn te bewijzen dat hij duidelijke maatregelen heeft genomen om iedere vorm van discriminatie op de arbeidsmarkt te voorkomen. Daarnaast kan ook het voorstel om administratieve geldboetes mogelijk te maken voor inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving, tegemoet komen aan de bezorgdheid om in getrapte en proportionele sancties te voorzien bij vaststellingen van discriminatie via praktijktesten.

²² Zie boven onder 3.1.2 over de arrondissementscel en zie verder onder punt 6 over COL-13/2013.

Unia wijst erop dat er al een wettelijke regeling bestaat die de economische inspectie en de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (FSMA) de bevoegdheid verleent om in welbepaalde gevallen aan 'mystery shopping' te doen:

Artikel XV.17. § 1 van het Wetboek van Economisch Recht²³:

“Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de bepalingen van boek VII, en van zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de in artikel XV. 2 bedoelde ambtenaren de bevoegdheid de onderneming te benaderen door zich voor te doen als cliënten of potentiële cliënten, zonder dat zij hun hoedanigheid en de omstandigheid dat de bij deze gelegenheid gedane vaststellingen kunnen worden aangewend voor de uitoefening van het toezicht, moeten mededelen.”

Blijven vrij van straf, de ambtenaren bedoeld in artikel XV. 2, die in dat kader strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen.

Zij kunnen daarbij de bevoegdheden uitoefenen bedoeld in de artikelen XV.3,2° en XV.4.

Meer in het bijzonder, met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de bepalingen van de Verordening (EU) nr. 2015/751, met uitzondering van zijn artikel 7, evenals inbreuken op de bepalingen van het koninklijk besluit genomen in uitvoering van artikel VII.63/1 en van artikel VII.63/2 van het Wetboek van economisch recht, kunnen zij de Bank raadplegen die hen, in voorkomend geval, bijstand verleent en hen de vertrouwelijke informatie meedeelt overeenkomstig het artikel 36/14, 17°, van de wet van 22 februari 1998 tot vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België.

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.

Deze bevoegdheid kan enkel worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden die gelden voor gewone cliënten of potentiële cliënten te kunnen vaststellen.

Tenzij de vaststellingen betrekking hebben op de naleving van een of meer bepalingen van boek VII, titel 4, hoofdstuk 4 kunnen de ambtenaren bedoeld in artikel XV. 2 een proces-verbaal van waarschuwing of een proces-verbaal opstellen of een administratieve sanctie voorstellen die onder meer gesteund is op de overeenkomstig het eerste lid gedane vaststellingen.

Indien een proces-verbaal van waarschuwing, een proces-verbaal of een administratieve sanctie onder meer gesteund is op de overeenkomstig het eerste lid gedane vaststellingen dan wordt de onderneming hierover voorafgaandelijk geïnformeerd, hetzij bij de mededeling van het afschrift van het proces-verbaal van waarschuwing of het proces-verbaal, hetzij uiterlijk één maand voor het aanvangen van de procedure tot het opleggen van een administratieve sanctie.

§ 2. De in artikel XV. 2 bedoelde ambtenaren zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van de daden die, zonder strafbaar te zijn, het voorwerp kunnen zijn van een vordering tot staking op initiatief van de minister. De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.

In de uitoefening van hun ambt beschikken de in het eerste lid bedoelde ambtenaren over de bevoegdheden vermeld in artikel XV.3, 1° tot 3° en 5°.”

²³ Ingevoegd bij wet van 19 april 2014.

Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, Afdeling 11. Mystery shopping, artikel 87quinquies²⁴:

*“Voor de uitoefening van haar toezicht op de naleving van de regels bedoeld in artikel 45, § 1, eerste lid, 3°, en § 2, kan de FSMA de ondernemingen en personen bedoeld in artikel 45, § 1, eerste lid, 2° en 3°, alsook hun effectieve leiders en werknemers, de zelfstandige agenten die voor hen optreden en de medewerkers van die laatsten, laten benaderen door haar personeelsleden of door daartoe door de FSMA aangestelde derden die zich voordoen als cliënten of potentiële cliënten, zonder dat zij hun hoedanigheid van personeelslid van de FSMA of van door de FSMA aangestelde derde moeten meedelen en zonder dat zij moeten meedelen dat de bij die gelegenheden verkregen informatie door de FSMA kan worden aangewend voor de uitoefening van haar toezicht.
[...].”*

- ✓ *Unia dringt er bij de minister van Werk op aan om zo snel mogelijk een wetsontwerp neer te leggen dat de inspectie of door de inspectie aangestelde derden de bijzondere bevoegdheid verleent om op het vlak van non-discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen in welbepaalde gevallen praktijktesten te organiseren.*
- ✓ *Meer concreet, stelt Unia voor om een nieuwe afdeling 3/3 over ‘praktijktesten met oog op vaststelling van inbreuken op discriminatiewetgeving’ in te lassen in Boek 1, Titel 2, Hoofdstuk 2 van het Sociaal Strafwetboek.*
- ✓ *Deze regeling kan naar analogie uitgewerkt worden met het artikel XV.17. § 1 van het Wetboek van Economisch Recht over ‘mystery shopping’. Dit wetsartikel bevat onder meer een wettelijke uitzondering op de voorafgaande legitimatieplicht van de sociale inspecteurs (artikel 20 Sociaal Strafwetboek) en een regeling van de wettelijke bewijswaarde van de via ‘mystery shopping’ verrichte vaststellingen, alsook een vrijstelling van straf voor ambtenaren die in dit verband strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen.*
- ✓ *Uit de regeling in artikel 87quinquies van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten kan overgenomen worden dat de inspectie eventueel derden kan aanstellen die zich voordoen als potentiële cliënten of kandidaat-werknemers.*
- ✓ *Aangezien in het kader van discriminatieonderzoeken niet enkel mystery shopping, maar ook andere vormen van praktijktesten aangewezen zijn, stelt Unia voor het eerste lid van artikel XV.17. § 1 bv. als volgt te wijzigen:*
- ✓ *“Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving, en van zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociale inspecteurs de bevoegdheid om bij*

²⁴ Ingevoegd bij wet van 30 juli 2013.

objectieve aanwijzingen van discriminatie ten aanzien van een werkgever, potentiële werkgever of arbeidsbemiddelaar kunstmatig een reële situatie te simuleren om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd, wordt of zou worden.

De sociale inspecteurs kunnen deze bevoegdheid eveneens uitoefenen op basis van:

- *een discriminatiemelding overgemaakt door de openbare gelijkebehandelingsinstanties Unia of het Instituut voor de Gelijkheid tussen Vrouwen en Mannen (IVGM),*
- *resultaten van sectorale zelfregulering en zelfcontrole, waaruit blijkt dat bij specifieke ondernemingen of overheidsinstanties kennelijke aanwijzingen van discriminatie blijven bestaan,*
- *de afwezigheid van sectorale zelfregulering en zelfcontrole of gebrekkige transparantie ten aanzien van de arbeidsinspectiediensten inzake de gebruikte methodologie of resultaten,*
- *statistische analyses die via het kruisen van geaggregeerde data uit overheidsdatabanken wijzen op een mogelijks discriminatiepatroon bij specifieke ondernemingen of overheidsinstanties ('datamining').*

Meer in het bijzonder is de sociaal inspecteur, of door de sociale inspectie aangestelde derde, gemachtigd om de werkgever, potentiële werkgever of arbeidsbemiddelaar onder meer, maar niet uitsluitend:

- ✓ *te onderwerpen een vergelijkende praktijktest met een reële of fictieve referentiepersoon, waaronder het opsturen van sollicitatiebrieven, curriculum vitae en de deelname aan selectietesten of gesprekken,*
- ✓ *te benaderen of via hiertoe aangestelde derden te laten benaderen door zich voor te doen als cliënten of potentiële cliënten met een opdracht tot discriminatie zonder dat deze handelswijze uitlokking mag uitmaken,*
- ✓ *te benaderen of via hiertoe aangestelde derden te laten benaderen door zich voor te doen als potentiële werknemer of uitzendkracht of als potentiële werkgever of inlenend bedrijf,*
- ✓ *zij kunnen dit doen, zonder dat zij hun hoedanigheid van sociaal inspecteur of door de sociale inspectie aangestelde derde moeten meedelen en zonder dat zij moeten meedelen dat de bij die gelegenheden verkregen informatie door de sociale inspectie kan worden aangewend voor de uitoefening van haar toezicht. [...]"*

5.3. Verplichting om een selectiedossier aan te leggen en dit 1 jaar bij te houden

5.3.1 Probleem: de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten heeft geen zicht op alle kandidaturen in het kader van aanwervings- of promotiebeslissingen

In het kader van onderzoeken naar discriminatie bij aanwerving of promotie, is het voor de arbeidsinspectie moeilijk om te weten wie zich allemaal kandidaat stelde voor een openstaande vacature of promotiemogelijkheid. In de praktijk ontvangt de werkgever, de intermediair of selectieverantwoordelijke verschillende kandidaturen op verschillende tijdstippen via verschillende kanalen. Dit maakt het voor de inspectie moeilijk om een zicht te krijgen op het werkelijke aantal kandidaten voor een welbepaalde functie.

De inspectie ontvangt bovendien pas een discriminatiemelding nadat de kandidaat afgewezen is (of geen verdere berichten meer ontving). Selectieverantwoordelijken houden cv's van kandidaten die niet geselecteerd werden niet systematisch bij. Het is bijgevolg moeilijk om het profiel en het cv van de geselecteerde kandidaat te vergelijken met de profielen en de cv's van alle andere kandidaten.

5.3.2 Oplossing: bewaarplicht voorzien van alle kandidaturen in een selectiedossier

Er bestaat momenteel geen verplichting om gedurende een bepaalde tijd een selectiedossier met alle kandidaturen bij te houden. Nochtans voorziet de antidiscriminatiewetgeving dat de vergelijking met een referentiepersoon de bewijslast op burgerrechtelijk of administratief vlak kan doen verschuiven naar de selectieverantwoordelijke.²⁵ Als de inspectie vaststelt dat een kandidaat uit een welbepaalde leeftijdscategorie, herkomst, ... op alle pertinente vlakken vergelijkbaar is met een geselecteerde kandidaat die niet over dit beschermde persoonskenmerk beschikt, moet de selectieverantwoordelijke de precieze redenen kunnen aangeven waarom de geselecteerde kandidaat toch beter geschikt was.

Enkel door een bewaarplicht van het selectiedossier in te voeren, kan de inspectie een verdacht patroon van discriminatie ontdekken. Via het selectiedossier kunnen zij alle kandidaten voor eenzelfde vacante functie met elkaar vergelijken. Als hierbij zou blijken dat kandidaten met een wettelijk beschermd persoonskenmerk systematisch uitgesloten worden, kan ook dit patroon van discriminatie leiden tot een verschuiving van bewijslast op burgerrechtelijk of administratief vlak.²⁶ Ook in dit geval zal de selectieverantwoordelijke moeten kunnen aantonen dat de uitsluiting gebeurt op andere criteria dan de wettelijk beschermde persoonskenmerken zoals leeftijd, herkomst, ... of zal hij/zij een rechtvaardiging moeten kunnen geven die de toets met de antidiscriminatiewetgeving doorstaat.

²⁵ Artikel 28 Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007; art. 30 Antiracismewet van 30 juli 1981.

²⁶ Artikel 28 Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007; art. 30 Antiracismewet van 30 juli 1981.

Omdat het personeelsbeleid in 'kleine ondernemingen' doorgaans weinig geformaliseerd is, acht Unia het niet aangewezen om voor dit type ondernemingen in bijkomende bewaarplichten te voorzien.

- ✓ *Unia stelt voor om voor alle overheidsinstellingen en middelgrote en grote werkgevers²⁷ een wettelijke verplichting in te voeren om alle kandidaturen voor een openstaande vacature alsook de reactie daarop gedurende 1 jaar te bewaren in één selectiedossier.*
- ✓ *Deze verplichting kan eventueel ingevoerd worden via het Sociaal Strafwetboek en gesanctioneerd worden met een administratieve geldboete.*

5.4. Interne motivering van aanwerving-, promotie- en ontslagbeslissingen

5.4.1 Probleem: de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten heeft geen zicht op de reden waarom een kandidaat afgewezen of geselecteerd werd

In België bestaat geen dwingende verplichting om de afwijzing van sollicitaties systematisch te motiveren ten aanzien van de kandidaat.²⁸ Voor ontslagbeslissingen bestaat wel een motiveringsverplichting via het C4-ontslagformulier. Dit kan ook als de ontslagen werknemer dit expliciet vraagt binnen een korte termijn na het ontslag.²⁹

Zoals hoger aangegeven, is het kenmerkend voor selectiebeslissingen bij arbeidsbetrekkingen dat er een ruime appreciatiemarge bestaat op grond van zowel arbeidsgerelateerde als subjectieve factoren. Deze ruime appreciatiemarge biedt de selectieverantwoordelijke ruimte om eventuele discriminatoire criteria te verhullen in het kader van een inspectiecontrole.

5.4.2 Oplossing: interne motiveringsplicht voorzien voor overheidsinstellingen en grote ondernemingen

Van overheidsinstellingen, grote ondernemingen kan redelijkerwijs verwacht worden dat zij beslissingen inzake selectie, promotie of ontslag intern motiveren. Bij veel overheidsinstellingen en grote ondernemingen bestaat deze motiveringsplicht vaak al op basis van interne regels om de selectie- en promotiebeslissingen te objectiveren.

²⁷ De Europese kmo-definitie gaat uit van > 250 werknemers voor grote ondernemingen; van 50 tot 250 werknemers voor middelgrote ondernemingen en); < 50 werknemers voor kleine ondernemingen: Aanbeveling van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen.

²⁸ CAO nr. 38 betreffende werving en selectie van werknemers, art. 9.

²⁹ CAO nr. 109 betreffende de motivering van het ontslag.

De Europese Commissie stelt in haar Effectenbeoordeling³⁰ van de Rasrichtlijn 2000/43/EG dat werkgevers er belang bij hebben om selectiebeslissingen intern te verantwoorden:

“Moeten nieuwe administratieve procedures worden ingevoerd?”

De bedrijven zullen beslissingen inzake aanwerving, bevordering, toegang tot opleiding en andere arbeidsvoorwaarden moeten kunnen verantwoorden om aan te tonen dat ze niet op grond van ras of etnische afstamming zijn genomen. Dat is al in ongeveer de helft van de lidstaten het geval. De bedrijven zullen er alle belang bij hebben een beperkt dossier van die beslissingen bij te houden, ook wanneer ze dat tot nu toe niet deden.”

Eerdere wetsvoorstellen in het federale parlement om een motiveringsverplichting in te lassen voor de niet-geselecteerde kandidaat werden steeds afgewezen. Ook de sociale partners bereikten geen overeenstemming om hierover tot zelfregulering te komen.

Om deze redenen wenst Unia in dit voorstel niet te pleiten voor een externe motiveringsplicht bij het afwijzen van sollicitaties of selecties. Unia acht het daarentegen wel redelijk om overheidsinstellingen en grote ondernemingen te verplichten om beslissingen over aanwervingen, promoties en/of ontslag intern te motiveren en deze motivering toe te voegen aan het selectiedossier. Dit voorstel dient samen gelezen te worden met het eerdere voorstel om het selectiedossier gedurende 1 jaar ter beschikking te houden voor het geval de arbeidsinspectie een onderzoek naar discriminatie instelt.³¹

Indien het omwille van het aantal kandidaturen niet haalbaar zou zijn om een motivering te voorzien voor alle kandidaten, zou minstens gemotiveerd moeten worden welke precieze criteria de doorslag gaven bij de kandidaat die finaal geselecteerd werd. Dit maakt het voor de inspectie mogelijk om deze criteria in het kader van een eventuele controle af te toetsen bij de kandidaat die meent gediscrimineerd te zijn.

Omwille van de flexibiliteit en kortlopende contracten lijkt het niet mogelijk om een dergelijke verplichting onverkort door te trekken naar professionele selectiekantoren of arbeidsbemiddelingsbureaus. Nochtans stellen zich hier dezelfde noden voor de (federale en regionale) arbeidsinspectiediensten.

- ✓ *Unia stelt voor om voor alle overheidsinstellingen en grote ondernemingen een wettelijke verplichting in te voeren om alle beslissingen inzake selectie, promotie of ontslag intern te motiveren en deze gedurende 1 jaar te bewaren in het selectiedossier (zie hiervoor punt 5.3). Die verplichting kan eventueel ingevoerd worden via het Sociaal Strafwetboek en gesanctioneerd worden met een administratieve geldboete.*

³⁰ Europese Commissie, “Voorstel voor een richtlijn van de raad houdende tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming”, COM 1999/0253 (CNS)), p. 25.

³¹ Zie boven onder 5.3

- ✓ *Unia stelt de Minister van Werk voor om samen met de regionale overheden en de sociale partners te bekijken welke regeling met gelijkaardige resultaten kan gelden voor professionele selectiekantoren of arbeidsbemiddelingsbureaus.*

5.5. Statuut van de inspecteurs arbeidsdiscriminatie bij de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten (TSW)

5.5.1 Probleemstelling

Probleem 1: referentie-inspecteurs discriminatie bij de inspectie TSW hebben niet als hoofdplicht om toe te zien op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving

Momenteel werkt de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten met 'referentie-inspecteurs discriminatie.' Deze inspecteurs voeren naast hun gebruikelijke opdrachten ook een beperkt aantal (reactieve) discriminatiecontroles uit, als hun andere opdrachten dat toelaten.

Voor discriminatie zijn er momenteel minder vaststellingen dan bij controles in andere inspectiedomeinen. Andere sociaalrechtelijke inbreuken (zwartwerk, werken onder loonbarema's, ...) zijn doorgaans feitelijke vaststellingen die zonder veel verder onderzoek aanleiding geven tot een waarschuwing, regularisering, administratieve geldboete of het opstellen van een *pro justitia*. De huidige inspectiecontroles naar verholde vormen van discriminatie zijn moeilijk en arbeidsintensief, zonder dat deze inspanningen steeds tot zichtbare resultaten leiden.

Het is dan ook belangrijk dat de inspanningen die referentie-inspecteurs discriminatie leveren rond discriminatie, een eigen plaats krijgen binnen het takenpakket en gevaloriseerd worden binnen de gedecentraliseerde diensten waar zij werken, alsook bij het Centraal Bestuur te Brussel. De operationele plannen, jaardoelstellingen, ... zouden de referentie-inspecteurs discriminatie moeten toelaten om binnen hun basistakenpakket:

- in hoofdzaak gerichte discriminatiecontroles uit te voeren en vaststellingen administratief te verwerken (opstellen administratief verslag of *pro justitia*) en op te volgen;
- doorgedreven praktijkgerichte opleidingen te volgen en/of op regelmatige basis deel te nemen aan overleg met andere referentie-inspecteurs;

De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten en Unia organiseren in het najaar van 2017 een opleidings- en intervisietraject om knelpunten in de huidige werking te detecteren, de nodige voorstellen voor verdere acties op te lijsten en goede praktijken uit te wisselen tussen de referentie-inspecteurs discriminatie.

Probleem 2: er is een 'missing link' met de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk (TWW) en de mogelijkheid om preventiemaatregelen tegen discriminatie op te leggen

Discriminatie in arbeidsrelaties gaat in de praktijk vaak gepaard met pesterijen omwille van herkomst, seksuele oriëntatie, geloof of levensbeschouwing, handicap, ... van de gediscrimineerde persoon. Eenzelfde feitencomplex kan zowel elementen van discriminatie als pesterijen omvatten. Hiervoor zijn echter twee verschillende inspectiediensten bevoegd. Sinds de wijziging van de antidiscriminatiewetgeving in 2007 is enkel nog de Welzijnswet toepasselijk, ook als het gaat om racistische, homofobe of seksistische pesterijen of geweld op het werk.³² De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) kan enkel inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving vaststellen, terwijl hun collega's van de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk (TWW) bevoegd zijn om overtredingen vast te stellen in verband met de preventie van psychosociale risico's op het werk, waaronder geweld, racistische, homofobe of seksistische pesterijen, ...³³ De feiten van discriminatie en pesterijen zijn doorgaans zodanig met elkaar verweven dat het aangewezen is één onderzoek door eenzelfde inspectiedienst te voeren naar beide fenomenen. Discriminatie is bovendien een vorm van 'psychosociale belasting' waarvoor op grond van de Welzijnswet een risicoanalyse en preventiemaatregelen moeten gebeuren.

Unia stelt daarom voor om de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten bevoegd te maken om mee toezicht te houden op de naleving van de Welzijnswet voor zover er sprake is van psychosociale belasting, verbaal of fysiek geweld, pesterijen of discriminatie omwille van een door de antidiscriminatiewetten beschermd criterium zoals herkomst, seksuele oriëntatie, geloof of levensbeschouwing, handicap, ... Deze bevoegdheidsuitbreiding zou de inspectie TSW toelaten om preventiemaatregelen op te leggen bij aanwijzingen van discriminatie en/of racistische of homofobe pesterijen en de effectiviteit hiervan nadien te beoordelen.

Dit voorstel ligt in de lijn van het voorstel uit de federale resolutie van 2 juli 2015 tot invoering van gerichte controles inzake discriminatie op de arbeidsmarkt³⁴ om de algemene directie Toezicht op de Sociale Wetten bevoegd te maken om:

“op basis van artikel 21, 3, van het Sociaal Strafwetboek, aan de potentiële overtreder een termijn [te] verlenen om zich in regel te stellen. De werkgever dient binnen die termijn te bewijzen dat hij duidelijke maatregelen heeft genomen om iedere vorm van discriminatie op de arbeidsmarkt te voorkomen. Die maatregelen moeten SMART (specifiek, meetbaar, haalbaar, realistisch en tijdsgebonden) zijn.”

Het verdient aanbeveling om een eventuele uitbreiding van de bevoegdheden van inspecteurs Toezicht op de Sociale Wetten naar inbreuken op de Welzijnswet voldoende ruim te omschrijven. Ook bij discriminatie op grond van een arbeidshandicap bestaat immers een belangrijke overlap met

³² Art. 6. Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en art. 6 Antiracismewet van 30 juli 1981: “De bepalingen van deze wet zijn niet van toepassing in geval van intimidatie in de arbeidsbetrekkingen ten aanzien van in artikel 2, § 1, 1° van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk bedoelde personen. Deze personen kunnen zich in geval van intimidatie in het kader van de arbeidsbetrekkingen enkel beroepen op de bepalingen van voornoemde wet.”

³³ Art. 80 van de Wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk; Koninklijk Besluit van 28 augustus 2002 tot aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk en de uitvoeringsbesluiten ervan.

³⁴ DOC 54 1108/006 (2014/2015)

de bevoegdheden van de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk inzake de gezondheidsbeoordeling van werknemers.

De inspectie Toezicht Welzijn op het Werk bewaakt de naleving van de Welzijnswet en het KB Gezondheidstoezicht. Deze regelgeving voorziet onder meer in de verplichting om in het kader van een re-integratietraject voor arbeidsongeschikte werknemers te voorzien in redelijke aanpassingen. De inspectie Toezicht op de Sociale Wetten is dan weer bevoegd om inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving vast te stellen, waaronder discriminatie omwille van een arbeidshandicap en het weigeren van een redelijke aanpassingen door de werkgever in geval van arbeidshandicap.

5.5.2 Oplossing: inspecteurs die voltijds toezicht houden op de antidiscriminatiewetgeving en bevoegdheden ontleen aan de Welzijnswet

Om de nodige expertise en capaciteit te verzekeren om een proactief handhavingsbeleid mogelijk te maken, pleit Unia ervoor om - naar Nederlands model³⁵ - een gespecialiseerd team van inspecteurs samen te stellen dat voltijds toeziet op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving bij ondernemingen of overheidsinstanties die risico's vertonen.

Een dergelijk nieuw team zou de bevoegdheden en expertise kunnen bundelen van de referentie-inspecteurs discriminatie van de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten (TSW) en inspecteurs van de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk (TWW).

Deze inspecteurs discriminatie zullen nauw dienen samen te werken met de referentiemagistraten discriminatie bij het arbeidsauditoraat. Dit zal onder meer het geval zijn bij 'gerichte discriminatiecontroles' gecoördineerd door de arbeidsauditeur³⁶, bij het ambtshalve overmaken van een 'pro justitia' (proces-verbaal) bij vaststelling van strafrechtelijke inbreuken door de inspecteurs of bij het uitvoeren van onderzoekopdrachten in het kader van een opsporingsonderzoek naar discriminatiemisdrijven onder leiding van het auditoraat (zie ook verder COL-13/2013 in verband met het opsporingsbeleid). Het lijkt dan ook aangewezen om per gerechtelijk arrondissement of arbeidsauditoraat minimaal één inspecteur bij zowel de inspectie Toezicht op de Sociale Wetten als bij de inspectie Toezicht Welzijn op het Werk vrij te stellen van andere opdrachten. Deze inspecteurs discriminatie zouden enkel belast zijn met het ambtshalve toezicht houden op de naleving van de antidiscriminatie- en welzijnswetgeving (voor inbreuken gelinkt aan beschermde criteria zoals huidskleur, seksuele oriëntatie, ...). Deze inspecteurs discriminatie zijn de bevoorrechte aanspreekpersonen voor het arbeidsauditoraat en de openbare instellingen Unia en IGVM.

De minister bepaalt via een koninklijk besluit welke ambtenaren toezicht houden op de naleving van de bepalingen van de antidiscriminatiewet en de uitvoeringsbesluiten ervan.³⁷ De minister bepaalt

³⁵ In Nederland is op 1 mei 2015 een Team arbeidsdiscriminatie opgericht bij de Inspectie Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Een teamleider en vijf inspecteurs voeren voltijds discriminatieonderzoeken uit.

³⁶ Zie hierboven in verband met strijd tegen sociale fraude.

³⁷ Artikel 32 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; artikel 34 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; artikel 38 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen.

eveneens welke inspectiediensten belast worden met het toezicht op de Welzijnswet en de uitvoeringsbesluiten ervan (bv. koninklijk besluit van 28 mei 2003 betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers; koninklijk besluit van 10 april 2014 betreffende de preventie van psychosociale risico's op het werk; ...). Deze koninklijke besluiten tot aanwijzing van de bevoegde inspectiediensten kunnen oplossingen bieden om de bevoegdheden van inspecteurs die toezicht houden op de antidiscriminatiewetgeving te verruimen tot inbreuken op de Welzijnswet die intrinsiek verband houden met specifieke discriminatievormen zoals 'intimidatie in het kader van arbeidsbetrekkingen' (racistische, homofobe, ... pesterijen) of het weigeren van redelijke aanpassingen voor personen met een arbeidshandicap.

- ✓ *Unia stelt voor om binnen de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg een nieuw team van inspecteurs 'arbeidsdiscriminatie' op te richten dat als hoofdopdracht heeft om ambtshalve toezicht te houden op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving bij ondernemingen of overheidsinstanties die risicogedrag vertonen.*
- ✓ *Unia stelt voor om de bestaande uitvoeringsbesluiten³⁸ die bepalen dat de inspectie Toezicht Sociale Wetten toezicht houdt op de naleving van de antidiscriminatiewetgeving zodanig te wijzigen dat het bovenvermelde team van inspecteurs 'arbeidsdiscriminatie' ook bevoegd wordt om toezicht te houden op 1°) de bepalingen van 'Hoofdstuk Vbis – Bijzondere bepalingen betreffende geweld, pesterijen en ongewenst seksueel gedrag op het werk' en, 2°) de bepalingen betreffende het gezondheidstoezicht op de werknemers van de Welzijnswet van 4 augustus 1996 en hun uitvoeringsbesluiten, zodra deze feiten gelinkt zijn met een in de antidiscriminatiewetgeving beschermd criterium.*
- ✓ *Unia stelt voor het bovenvermelde team van inspecteurs 'arbeidsdiscriminatie' bevoegd te maken om preventiemaatregelen op te leggen op grond van de Welzijnswet van 4 augustus 1996 en/of het voorstel uit de federale resolutie van 2 juli 2015 om: "op basis van artikel 21, 3, van het Sociaal Strafwetboek, aan de potentiële overtreder een termijn [te] verlenen om zich in regel te stellen. De werkgever dient binnen die termijn te bewijzen dat hij duidelijke maatregelen heeft genomen om iedere vorm van discriminatie op de arbeidsmarkt te voorkomen. Die maatregelen moeten SMART (specifiek, meetbaar, haalbaar, realistisch en tijdsgebonden) zijn."*

³⁸ Koninklijk besluit van 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 (B.S. 12 december 2008); Koninklijk besluit van 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 (B.S. 11 december 2008); Koninklijk besluit van 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.

5.6. Onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek verder verankeren voor niet-strafrechtelijk beteelde vormen van discriminatie in arbeidsrelaties

5.6.1 Probleem: kan inspectie Toezicht Sociale Wetten alle onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek gebruiken voor toezicht op niet-strafbare vormen van discriminatie?

Artikel 32 van de Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 voorziet dat de inspectie toezicht uitoefent op de bepalingen van deze wet 'overeenkomstig de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek':

*"Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, houden de door de Koning aangewezen ambtenaren toezicht op de naleving van de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan. Deze ambtenaren oefenen dit toezicht uit overeenkomstig de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek."*³⁹

Nochtans zijn in de Antidiscriminatiewet geen strafbepalingen voorzien voor discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen. Ook in de Antiracismewet van 30 juli 1981 en de Genderwet van 10 mei 2007 staat deze bepaling over het uitoefenen van het toezicht in een afzonderlijke titel. De verwijzing naar de onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek lijkt niet beperkt te zijn tot de specifieke discriminatiemisdrijven in geval van opzettelijk raciale of genderdiscriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen.⁴⁰

Unia gaat ervan uit dat het de bedoeling van de wetgever is dat de inspectie Toezicht Sociale Wetten al haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek ook kan aanwenden om toezicht te houden op de naleving van het burgerrechtelijke discriminatieverbod dat van zogenaamd 'openbare orde' is. Nochtans komt dit in het huidige wetsartikel niet voldoende uitdrukkelijk tot uiting.

Indien de arbeidsinspectie inbreuken vaststelt die in de antidiscriminatiewetgeving enkel burgerrechtelijk gesanctioneerd zijn, is het noodzakelijk met zekerheid te weten of deze vaststellingen rechtsgeldig verkregen zijn. Onder meer het arbeidsauditoraat, Unia of het IGVM moeten op deze vaststellingen kunnen steunen in het kader van een eventuele vordering tot staking of een burgerrechtelijke procedure voor de arbeidsrechtbank.

³⁹ Artikel 14 io. 32 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; artikel 12 io. 34 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; artikel 19 io. 38 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen.

⁴⁰ Artikel 25 van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; artikel 28/2 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen.

5.6.2 Oplossing: de bestaande wettelijke bepaling verduidelijken door een aanvulling

Omwille van de rechtszekerheid lijkt het zinvol om duidelijk te verankeren dat de inspectie al haar bevoegdheden uit het Sociaal Strafwetboek, waaronder desgevallend mysteryshopen, kan uitoefenen in de strijd tegen bijvoorbeeld leeftijdsdiscriminatie of discriminatie op grond van handicap:

“De door de Koning aangewezen ambtenaren zijn eveneens bevoegd voor het opsporen en het vaststellen van de daden die, zonder strafbaar te zijn, een inbreuk uitmaken op de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan. De processen-verbaal die daarover worden opgesteld, hebben bewijskracht tot het tegendeel is bewezen.

In de uitoefening van hun ambt beschikken de in het eerste lid bedoelde ambtenaren over de in de artikelen 23 tot 39 van het Sociaal Strafwetboek bedoelde bevoegdheden⁴¹ wanneer zij, ambtshalve of op verzoek, optreden in het kader van hun opdracht tot informatie, bemiddeling en toezicht inzake de naleving van de bepalingen van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan.”

- ✓ *Unia stelt voor om de artikelen 32 Antidiscriminatiewet en 34 Antiracismewet aan te vullen met een paragraaf die de inspectie Toezicht Sociale Wetten een uitdrukkelijke wettelijke basis verleent om haar onderzoeksbevoegdheden uit het Sociale Strafwetboek te gebruiken in het kader van haar toezichtopdracht voor niet strafbaar gestelde vormen van discriminatie in het kader van arbeidsbetrekkingen.⁴²*

Deze regeling kan uitgewerkt worden naar analogie met het artikel XV.17. § 2 van het Wetboek van Economisch Recht.

⁴¹ Met inbegrip een nieuw wetsartikel inzake mystery shopping.

⁴² Idem voor artikel 38 van de Genderwet (bevoegdheid van het Instituut voor de Gelijkheid van Vrouwen en Mannen).

5.7. Via administratieve geldboeten in een getrappt sanctiesysteem voorzien

5.7.1 Probleem: geen administratieve geldboeten meer, ook niet bij strafbare vormen van discriminatie

Administratieve geldboeten waren – tot voor de invoering van het Sociaal Strafwetboek – mogelijk voor discriminatievormen die strafbaar zijn, met andere woorden enkel voor opzettelijke vormen van raciale en genderdiscriminatie:⁴³

“Onder de in deze wet bepaalde voorwaarden kan, voor zover de feiten voor strafvervolging vatbaar zijn, een administratieve geldboete van [50 tot 1.250 euro] oplopen:

[...]

32° a) De werkgever die het beginsel van de gelijke behandeling overtreedt in de bepalingen en praktijken inzake de voorwaarden van toegang, met inbegrip van de selectie, de selectiecriteria, tot beroepen of functies, ongeacht de sector of de bedrijfstak en tot alle niveaus van de beroepshiërarchie;

[...]”

Bij de invoering van het Sociaal Strafwetboek werden deze bepalingen echter opgeheven, zonder dat zij hernomen werden in het Sociaal Strafwetboek. Op federaal niveau zijn er momenteel geen administratieve geldboetes meer mogelijk bij inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving, terwijl deze wetgeving nochtans van openbare orde is.

Een administratieve geldboete kan volgens Unia een effectief middel zijn om gepast te reageren op discriminatie in het kader van een proportioneel sanctiesysteem. Voor arbeidsbetrekkingen zijn momenteel geen administratieve geldboeten mogelijk in geval van discriminatie op grond van onder meer leeftijd, handicap, geloof en levensbeschouwing of seksuele oriëntatie, of in geval van raciale of genderdiscriminatie waarvoor strafvervolging mogelijk is.

Voor sociaalrechtelijke misdrijven moet de inspectie in principe eerst een *pro justitia* opstellen en overmaken aan het arbeidsauditoraat. Pas na lange tijd kan, wanneer het auditoraat de feiten bewezen verklaart maar afziet van strafvervolging, de procedure opgestart worden tot het opleggen van een administratieve geldboete. Dit maakt het moeilijk om snel en gepast te reageren op minder ernstige overtredingen van de antidiscriminatiewetgeving.

⁴³ Art. 1, 32° van de wet van 30 juni 1971 betreffende de administratieve geldboeten toepasselijk in geval van inbreuk op sommige sociale wetten.

5.7.2 Oplossing: een administratieve geldboete voorzien voor alle overtredingen van het burgerrechtelijke discriminatieverbod in arbeidsbetrekkingen

Met de invoering van het Sociaal Strafwetboek in 2010 zijn een aantal minder zware inbreuken gedepenaliseerd.⁴⁴ Dit houdt in dat er geen mogelijkheid meer is tot strafvervolgning, maar dat er wel nog een administratieve geldboete opgelegd kan worden. Voordien waren administratieve geldboeten enkel mogelijk voor gedragingen die ook strafrechtelijk door een wet werden gesanctioneerd.

De mogelijkheid om een administratieve geldboete op te leggen, staat los van de burgerrechtelijke sancties die in de antidiscriminatiewetgeving voorzien zijn (stakings-vordering, nietigheidssanctie, forfaitaire schadevergoeding voor het slachtoffer). Het is echter een passend middel om alsnog van overheidswege te reageren op discriminaties waarvoor geen burgerrechtelijke procedure wordt opgestart.

- ✓ *Unia stelt voor om via het Sociaal Strafwetboek een administratieve geldboete te voorzien voor alle inbreuken op het burgerrechtelijke discriminatieverbod in arbeidsbetrekkingen (met name artikel 14 Antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en artikel 12 Antiracismewet van 30 juli 1981⁴⁵).*

Daarnaast vestigt Unia er de aandacht op dat de sociale inspectie in het kader van haar toezicht op socialezekerheidswetgeving in een aantal gevallen over de mogelijkheid beschikt om autonoom een forfaitaire 'solidariteitsbijdrage' voor te stellen.⁴⁶ Dit gebeurt zonder voorafgaandelijke beslissing tot sepot door het arbeidsauditoraat en buiten de procedure tot het opleggen van een administratieve geldboete om. Het is een bijzondere sanctie van burgerrechtelijke aard die tot doel heeft om, in het belang van de financiering van de sociale zekerheid, een einde te maken aan een met de sociale wetgeving strijdige situatie. Het Grondwettelijk Hof bevestigde dat deze forfaitaire schadevergoeding wegens inbreuken op de sociale wetgeving geen strafsancities uitmaken.⁴⁷

Een dergelijke sanctie van burgerrechtelijke aard vervult grotendeels een budgettaire functie. Mogelijk kunnen een deel van de extra kosten om een effectief handhavingsbeleid mogelijk te maken (in het bijzonder het ontwikkelen van datamining en het uitvoeren van mystery shopping) mee gedragen worden door diegenen die de antidiscriminatiewetgeving overtreden?

- ✓ *Unia suggereert om de mogelijkheid te onderzoeken om in geval van overtreding van de antidiscriminatiewetgeving vanuit de toezichthoudende inspectiediensten een burger-*

⁴⁴ Bv. art. 189 van het Sociaal Strafwetboek voorziet enkel een administratieve geldboete voor inbreuken op algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomsten.

⁴⁵ Alsook artikel 19 van de Genderwet van 10 mei 2007.

⁴⁶ Bv. art. 38, §3quater van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers; art. 22quater van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid van de arbeiders; art. 59quater van de arbeidsongevallenwet van 10 april 1971; ...

⁴⁷ GwH, nr. 146/2015, 22 oktober 2015; GwH, nr. 37/2012, 8 maart 2012; GwH, nr. 28/2012, 1 maart 2012; GwH, nr. 112/2012, 20 september 2012.

rechtelijke forfaitaire vergoeding voor te stellen. Een dergelijke solidariteitsbijdrage kan ertoe bijdragen om de budgettaire impact van bijkomende handhavingsmaatregelen door de overheid te compenseren.

6. COL-13/2013: opsporings- en vervolgingsbeleid onder leiding van het arbeidsauditoraat

6.1. Probleem: het is niet duidelijk of er een opsporings- en vervolgingsbeleid bestaat dat afgestemd is op de specificiteiten van elk gerechtelijk arrondissement

De Omzendbrief COL-13/2013 van het College van procureurs-generaal betreffende het opsporings- en vervolgingsbeleid inzake discriminatie en haatmisdrijven bepaalt dat de arbeidsauditeurs *“de doelstellingen bepalen (bijvoorbeeld de strijd tegen homofobe daden) waardoor hun acties, in functie van de specificiteiten van hun arrondissement, kunnen worden afgestemd (bijvoorbeeld op dancings);”*.

Het lage aantal vaststellingen van discriminatie door de arbeidsinspectie doet bij het arbeidsauditoraat geen nood blijken om op arrondissementeel niveau een opsporings- en vervolgingsbeleid te ontwikkelen voor inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving. Nochtans is dit een van de uitdrukkelijke doelstellingen van COL-13/2013. Unia hoopt dat de voorstellen uit deze aanbeveling tot meer vaststellingen door de inspectie kan leiden. Dit laat het auditoraat toe om een beleid inzake discriminatie te kunnen voeren.

Unia vraagt een bijzondere aandacht voor de afstemming tussen het parket en het arbeidsauditoraat voor wat situaties betreft van geweld op het werk, pesterijen omwille van door de antidiscriminatiewetgeving beschermde criteria, ... Na hun ontslag kunnen slachtoffers van racistische, homofobe, ... pesterijen geen onderzoek en advies meer vragen aan de ‘preventieadviseur psychosociale belasting’. De inspectie Toezicht Welzijn op het Werk stelt enkel een onderzoek in als zij hiertoe opdracht krijgen via het arbeidsauditoraat en doorgaans niet op basis van meldingen rechtstreeks bij de inspectie Welzijn op het Werk. Slachtoffers stappen voor dit soort situaties daarom meestal naar de politiediensten.

Politiediensten hebben echter geen expertise in verband met sociaalrechtelijke misdrijven uit de antidiscriminatiewetgeving of het Sociaal Strafwetboek. In geval van een klacht bij de politie wegens discriminatie, pesterijen, ... op het werk kan het parket, indien nodig, een link maken naar het arbeidsauditoraat. Hiertoe dient afstemming te gebeuren tussen het parket en het arbeidsauditoraat om per arrondissement de nodige afspraken te maken.

6.2. Oplossing: prioriteiten van de strijd tegen discriminatie per gerechtelijk arrondissement bepalen – gerichte controles coördineren naar het model van de SIOD

Unia benadrukt dat de strijd tegen discriminatie een vorm van de strijd tegen sociale fraude is. Ingevolge het SIOD-akkoord⁴⁸ (Sociale Inlichtingen en Opsporingsdienst) werd onder meer ook per gerechtelijk arrondissement een besloten groep voor regionale interventie (GRI) opgericht om te komen tot een efficiëntere samenwerking tussen de regionale en federale arbeidsinspectiediensten, sociale inspectiediensten, politie en openbaar ministerie inzake de bestrijding van sociale fraude, maar dus ook inzake de bestrijding van discriminatie.⁴⁹ De arbeidsauditeur coördineert deze ‘gerichte controles’ in functie van de prioriteiten en specifieke situatie van ieder gerechtelijk arrondissement.

- ✓ Unia stelt het College van Procureurs-generaal en de minister van Justitie voor om de strijd tegen discriminatie op de arbeidsmarkt per gerechtelijk arrondissement te organiseren naar het model van de strijd tegen sociale fraude. De arbeidsauditeur staat in voor de prioriteiten en de coördinatie van de arrondissementele SIOD-cel waar ook federale en regionale inspectiediensten deel van uitmaken.

7. Contact Unia

Bart Mondelaers – bart.mondelaers@unia.be

Maarten Huvenne – maarten.huvenne@unia.be

⁴⁸ Samenwerkingsakkoord van 1 juni 2011 tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen en Gewesten betreffende de coördinatie van de controles inzake illegale tewerkstelling en sociale fraude.

⁴⁹ Zie randnummer 5.1.2