RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.420/1
van 9 december 2021

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’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 70.420/1
du 9 décembre 2021

sur

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

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

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

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

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

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

*

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

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

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur.

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

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

*

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

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

STREKKING

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

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

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

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

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

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

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

Artikel 3

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

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

> "Sociaal inspecteurs moeten soms, in het kader van hun opdracht en met het oog op het welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen. Wanneer dit [gebeurt] is het niet voldoende dat ze hiervoor niet gesanctioneerd worden. Hun actie wordt op deze manier nog steeds beschouwd als een inbreuk.
>
> Om van de discriminatietoets een werkbaar instrument te maken dient wettelijk bepaald te worden dat de sociale inspecteurs in dit geval niet enkel vrij van straf zijn, maar totaal geen inbreuk begaan.
>
> Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan. Ofschoon ze niet gesanctioneerd worden, kan dit worden vermeld in hun strafregister."

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

> "De huidige strafuitsluitende verschoningsgrond van artikel 42/1, § 3, eerste en derde lid van het Sociaal Strafwetboek 'blijven vrij van straf' wordt gewijzigd in een rechtvaardigingsgrond (wettelijke toelating): 'plegen geen strafbaar feit'.
>
> De ratio die daarvoor wordt aangehaald is de volgende: 'Indien ze enkel vrij van straf zijn, betekent dit dat ze geacht worden nog steeds een strafrechtelijke inbreuk te hebben begaan. Ofschoon ze niet gesanctioneerd worden, kan dit worden vermeld in hun strafregister.' Deze motivering is echter niet juist. De toepassing van een verschoningsgrond leidt afhankelijk van de aard van de verschoningsgrond tot de niet-ontvankelijkheid van de strafvordering of de vrijspraak (niet-schuldig verklaring). Verschoonde misdrijven komen in geen geval terecht in het strafregister.
>
> De wijziging naar een rechtvaardigingsgrond heeft echter wel tot gevolg dat de inbreuk ook op burgerrechtelijk vlak niet langer als een fout te beschouwen is, wat onder meer met zich meebrengt dat bijvoorbeeld de Belgische Staat ook niet langer aansprakelijk zou kunnen worden gesteld voor de schade die werd veroorzaakt bij volstrekt bonafide werkgevers die schade hebben geleden ten gevolge van een praktijktest naar discriminatie. Het valt te betwijfelen of een dergelijke onmogelijkheid om zulke schadevergoeding te krijgen in overeenstemming is met artikel 1, Eerste Protocol. EVRM.
>
> Bovendien voorziet artikel 47*quinquies* Sv. in de context van de BOM-wetgeving eveneens slechts in een strafuitsluitende verschoningsgrond 'blijven vrij van straf'.

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

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

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

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

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

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

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

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

Artikel 5

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

Artikel 6

6. In het ontworpen artikel 42/2 van het Sociaal Strafwetboek schrijve men in de plaats van "de antidiscriminatiewetgevingen en zijn uitvoeringsbesluiten" ("des législations anti-discrimination et de leurs arrêtés") de woorden "de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten" ("de la législation antidiscrimination et de ses arrêtés d'exécution"). Aldus wordt ook aangesloten bij de formulering van artikel 42/1, § 1, van het Sociaal Strafwetboek.[2]

*

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

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

PORTÉE

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

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

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

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

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

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

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

Article 3

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

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

> « Les inspecteurs sociaux doivent parfois, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettre des faits punissables strictement nécessaires. Lorsque cela se produit, il ne suffit pas qu'ils ne soient pas sanctionnés pour ces faits. Leur action est de cette manière toujours considérée comme une infraction.
>
> Afin de faire du test de discrimination un instrument efficace, il devrait être légalement stipulé que dans ce cas les inspecteurs sociaux sont non seulement libres de toute sanction, mais qu'ils ne commettent aucune infraction.
>
> En effet, s'ils sont seulement libres de toute sanction, cela signifie qu'ils sont toujours considérés comme ayant commis une infraction pénale. Bien qu'ils ne soient pas sanctionnés, cela peut être mentionné dans leur casier judiciaire ».

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

> « La cause d'excuse absolutoire actuelle de l'article 42/1, § 3, alinéas 1er et 3 du Code pénal social 'sont exemptés de peine' est modifiée en une cause de justification (autorisation légale) : 'ne commettent pas d'infraction'.
>
> La ratio invoquée pour ce faire est la suivante: 'S'ils sont seulement exemptés de peine, cela signifie qu'ils sont toujours réputés avoir commis une infraction criminelle. Bien qu'ils ne soient pas sanctionnés, cela peut figurer dans leur casier judiciaire'. Cette motivation n'est toutefois pas correcte. L'application d'une cause d'excuse aboutit, en fonction de la nature de la cause d'excuse, à la non-recevabilité de l'action publique ou à l'acquittement (déclaration de non-culpabilité). Les délits excusés ne figurent en aucun cas dans le casier judiciaire.
>
> Le passage à une cause de justification a toutefois pour conséquence que l'infraction ne doit plus être considérée comme une faute y compris sur le plan civil, ce qui implique notamment que, par exemple, l'État belge ne pourrait plus être tenu responsable du préjudice causé à des employeurs totalement de bonne foi qui auraient subi un préjudice à la suite d'un test de situation portant sur la discrimination. On peut douter qu'une telle impossibilité d'obtenir un dédommagement soit totalement conforme à l'article 1er, Premier Protocole, CEDH.
>
> De plus, l'article 47*quinquies* du CIC prévoit, dans le contexte de la législation sur les méthodes particulières de recherche (MPR), lui aussi uniquement une cause d'excuse absolutoire 'sont exemptés de peine'.

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

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

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

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

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

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

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

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

Article 5

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

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡

Article 6

6. Dans l'article 42/2, en projet, du Code pénal social, on écrira « de la législation antidiscrimination et de ses arrêtés d'exécution » (« de antidiscriminatiewetgeving en haar uitvoeringsbesluiten ») au lieu de « des législations anti-discrimination et de leurs arrêtés » (« de antidiscriminatiewetgevingen en zijn uitvoeringsbesluiten »). On se conformera ainsi à la formulation de l'article 42/1, § 1er, du Code pénal social [2].

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES Marnix VAN DAMME

[2] En corrigeant certes la faute de langue figurant dans le texte néerlandais de l'article 42/1, § 1er, du Code pénal social.

‡LW-CAMVIAEBE-HAECAUQ‡