



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Advies nr. 32/2021 van 18 maart 2021

Betreft: Advies m.b.t. wetsvoorstel *om praktijktests toe te staan ten einde discriminatie, in welke vorm ook, tegen te gaan* (CO-A-2021-019)

De Gegevensbeschermingsautoriteit (hierna de "Autoriteit");

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

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

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

Gelet op het verzoek om advies van mevrouw Eliane Tillieux, Kamervoorzitter, ontvangen op 27-01-2021;

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

Brengt op 18 maart 2021 het volgend advies uit:

I. VOORWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. Op 27/01/2021 verzocht mevrouw Eliane Tillieux, Kamervoorzitter, het advies van de Autoriteit betreffende het wetsvoorstel *om praktijktests toe te staan ten einde discriminatie, in welke vorm ook, tegen te gaan* (hierna: het Ontwerp).
2. De auteur van het Ontwerp stelt dat desondanks de bestaande wetgeving inzake, discriminatie nog al te vaak onbestraft blijft. De problemen situeren zich meestal ter hoogte van de bewijsvoering, dit terwijl er in hoofde van het slachtoffer voorzien is in een gunstige regeling van gedeelde bewijslast.
3. Het Ontwerp strekt er aldus toe in de wetgeving uitdrukkelijk te bepalen dat de resultaten van – loyaal en zonder provocatie georganiseerde – praktijktests een vermoeden van discriminatie kunnen weergeven, waarvoor de dader ter verantwoording zal kunnen worden geroepen. De auteur van het Ontwerp benadrukt evenwel dat het hier gaat over burgerrechtelijke bewijsmiddelen en dat het dus steeds aan de rechter zal toekomen om soeverein te oordelen over de betrouwbaarheid van de hun voorlegde elementen, en inzonderheid over de wijze waarop de praktijktests werden uitgevoerd.

II. ONDERZOEK TEN GRONDE

4. Overeenkomstig het Ontwerp wordt het eerste lid van respectievelijk de artikelen 30, § 3 van de wet van 30 juli 1981 *tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden*, 33, § 3 van de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen* en, 28, § 3 van de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie* aangevuld met een 4^o, luidende:
"4^o het resultaat van een of meer praktijktests die op een ongelijke behandeling wijzen."
5. De betreffende paragrafen worden bijkomstig aangevuld met de volgende twee leden:
"Wie de in het eerste lid bedoelde praktijktest uitvoert, kan daarbij fysiek aanwezig zijn of gebruik maken van alle mogelijke digitale of analoge middelen. Een praktijktest moet minstens aan de volgende voorwaarden voldoen:
 - 1. hij mag niet provocerend zijn; hij moet zich ertoe beperken de gelegenheid te creëren een strafbaar feit te plegen door zonder te overdrijven een banaal tafereel uit het dagelijks leven na te bootsen;*

2. hij mag er niet toe leiden dat discriminatie ontstaat dan wel versterkt of bevestigd wordt, terwijl de geteste persoon niet de bedoeling had aan dergelijke discriminatie te doen of er een einde aan wou maken."

6. Zoals blijkt uit de toelichting bij het Ontwerp en de respectieve antidiscriminatiewetten kunnen voor deze praktijktests zowel de patroonmethode als de elimatiemethode worden toegepast. Bij de patroonmethode wordt het vermoeden van discriminatie gewekt aan de hand van gegevens waaruit een bepaald patroon van ongunstige behandeling blijkt ten aanzien van personen die drager zijn van een welbepaald beschermd criterium.¹ Bij de elimatiemethode daarentegen kan de discriminatie worden aangetoond door middel van gegevens waaruit blijkt dat de situatie van het slachtoffer van de ongunstigere behandeling, vergelijkbaar is met de situatie van de referentiepersoon.² Door de vergelijkbaarheid te bewijzen van de situaties waarin de verschillend behandelde personen zich bevinden, kunnen factoren die niets met een welbepaald beschermd criterium te maken hebben worden geëlimineerd, waardoor het verschil inzake het beschermde criterium (bijvoorbeeld geslacht, ras, seksuele geaardheid) als enige verklarende factor voor de verschillende behandeling overblijft.
7. De Auteur van het Ontwerp verduidelijkt bijkomstig dat de methodes die bekend staan als *mystery calling* en *mystery shopping* tevens gevat worden onder de notie praktijktests. Op heden hebben de ambtenaren van de sociale inspectie overeenkomstig artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek reeds de bevoegdheid om, met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatiewetgeving en zijn uitvoeringsbesluiten, 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 Autoriteit benadrukt evenwel dat deze bevoegdheid geenszins vergeleken kan worden met *mystery calls* die binnen het kader van het Ontwerp uitgevoerd zullen worden door private personen of organisaties. Immers, wat betreft de bevoegdheden van de sociale inspecteurs biedt het Sociaal Strafwetboek afdoende waarborgen teneinde de naleving van de AVG en de WVG te verzekeren. Eenzelfde 'a priori' waarborg kan niet worden geacht te bestaan in onderhavig geval.

¹ Zie bijvoorbeeld artikel 28, §2, 1° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en artikel 33, §2, 1° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen.

² Zie bijvoorbeeld artikel 28, §2, 2° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie en artikel 33, §2, 2° van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen

8. Desalniettemin aanvaardt de Autoriteit dat het *in casu* de taak is van de rechter om soeverein te oordelen over de rechtmatigheid en de betrouwbaarheid van de door de steller van de praktijktest voorgelegde elementen. Zodoende zal de rechter een afweging moeten maken tussen enerzijds de rechten en vrijheden van de betrokkene (onder andere wat betreft gegevensbescherming) en, anderzijds de belangen van de persoon die het bestaan van de discriminatie wil aantonen. Daarenboven stelt de Autoriteit vast dat de beoogde wijzigingen niet zozeer het verbod op praktijktests opheffen maar eerder het potentieel rechtmatig gebruik ervan bevestigen. Immers, het maken van heimelijke opnames – een techniek die veelal noodzakelijk zal zijn in het kader van de geviseerde praktijktests – wordt in de rechtsleer niet *ipso facto* als ongeoorloofd beschouwd³. De rechter vertrekt als het ware van de principiële rechtmatigheid van dergelijke opnames of uittreksels, en beoordeelt daaropvolgend de wijze van verkrijging. De volgende elementen kunnen daarbij in aanmerking worden genomen:
- het heimelijk karakter van de opname;
 - het bestaan van een geschil tussen de betrokken partijen ten tijde van het gesprek;
 - de aan-/afwezigheid van provocatie (de discriminatie mag niet bevestigd, noch versterkt worden ingevolge de handelingen van de persoon die de test afneemt);
 - de (on)mogelijkheid om het bewijs van de aangevoerde inbreuk op een andere wijze te leveren.
9. De loutere bevestiging van de ontvankelijkheid van de resultaten van een praktijktest als burgerrechtelijk bewijsmiddel doet *an sich* geen afbreuk aan de soevereine beoordeling van de rechter. Het is aldus de taak van de rechter, en niet van de Autoriteit, om in elk concreet geval te oordelen over de rechtmatigheid van de aangebrachte elementen (inclusief de rechtmatigheid van de verwerking van persoonsgegevens die desgevallend heeft plaatsgevonden).

³ Met dien verstande evenwel dat het moet gaan over de opname van privé (tele)communicatie waaraan de betrokken persoon zelf deelneemt.

OM DEZE REDENEN,

De Autoriteit

heeft geen opmerkingen bij het wetsvoorstel *om praktijktests toe te staan ten einde discriminatie, in welke vorm ook, tegen te gaan.*

(get.) Alexandra Jaspar

Directeur van het Kenniscentrum