



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Advies nr. 33/2021 van 18 maart 2021

Betreft: Gebundeld advies m.b.t. het wetsvoorstel *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek met het oog op de invoering van een bijkomende bevoegdheid voor de sociaal inspecteurs teneinde een proactieve detectie van vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt mogelijk te maken* (CO-A-2021-017) en, het wetsvoorstel *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek wat betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie* (CO-A-2021-018)

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. ONDERWERP VAN DE ADVIESAANVRAGEN

1. Mevrouw Eliane Tillieux, Kamervoorzitter, (hierna: de aanvrager) verzocht op 27/01/12 het advies van de Autoriteit inzake het wetsvoorstel tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek met het oog op de invoering van een bijkomende bevoegdheid voor de sociaal inspecteurs teneinde een proactieve detectie van vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt mogelijk te maken en het wetsvoorstel tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek wat betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie.
2. Rekening houdend met de gelijklopende aard en context van de beide adviesaanvragen heeft de Autoriteit besloten om deze gebundeld te behandelen.
3. Concreet bogen de wetsvoorstellen (elk afzonderlijk) de wijziging van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek betreffende de bijzondere bevoegdheid van de sociaal inspecteurs inzake discriminatie. Artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* bepaalt de modaliteiten voor het uitvoeren van zogenaamde "*mystery calls*"¹.
4. Zoals wordt aangehaald evenwel door de auteurs van de beide voorstellen leert de praktijk dat de huidige libellering van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* het inzetten van *mystery calling* danig bemoeilijkt. Ten eerste volgt uit artikel 42/1, §1 *Sociaal Strafwetboek* dat het optreden van een sociaal inspecteur slecht mogelijk is wanneer een klacht of melding van discriminatie tevens ondersteund wordt door de resultaten van datamining en datamatching. Zulks is evenwel niet steeds mogelijk aangezien het systeem voor datamining en datamatching zich in een zeer pril stadium bevindt; de data zijn bijzonder verspreid en beperkt (mede aangezien er geen overheidsdata bestaan over de precontractuele fase, waar de discriminatoire handelingen zich vaak voordoen). Artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* dient aldus aangepast worden zodanig dat het optreden van de sociaal inspecteur reeds mogelijk is na een klacht of melding, of op grond van objectieve aanwijzingen.
5. In tweede instantie zal de sociaal inspecteur bij het uitvoeren van praktijktesten desgevallend een valse naam, handtekening, diploma of KBO-nummer moeten gebruiken. Daartoe is het noodzakelijk dat de sociale inspecteurs binnen het kader van hun opdracht vrijgesteld worden van enige strafvordering. Momenteel bepaalt artikel 42/1, §3, 1^e en 2^e lid *Sociaal Strafwetboek*: "*Blijven vrij van straf, de sociaal inspecteurs die, in het kader van hun opdracht en met het oog op het*

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

welslagen ervan of ter verzekering van hun eigen veiligheid, strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen met het uitdrukkelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de procureur des Konings.

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

Rekening houdend met het feit dat de strafmaat op valse naamdracht of valsheid in geschrifte al snel 5 tot 10 jaar gevangenisstraf bedraagt en dat de strafmaat op discriminatie zich beperkt tot een boete en een maximale gevangenisstraf van 1 jaar stellen de auteurs van de beide wetsvoorstellen dat de onderstreepte passage uit het 2^e lid geschrapt moet worden teneinde de vrijstelling van strafvordering voor de sociaal inspecteurs te waarborgen.

6. Ten derde wordt erop gewezen dat het in het kader van administratiefrechtelijk optreden niet gebruikelijk is dat er voorafgaand toestemming nodig is van een gerechtelijke overheid voor het inzetten van bepaalde onderzoeksinstrumenten. Gezien de waarborgen die het Sociaal Strafwetboek reeds biedt is de verplichte voorafgaande machtiging van de arbeidsauditeur disproportioneel en leidt zij tot een ernstige vertraging en bemoeilijking van de inzet van *mystery calling*, waar het vaak noodzakelijk zal zijn om kort op de bal te spelen.
7. Tot slot volgt het uit artikel 42/1, §5, 2^e lid dat *mystery calling* slechts mag en kan gebruikt worden in zoverre de beoogde vaststellingen niet op een andere manier kunnen gebeuren (subsidiariteit). Zulks ondermijnt het potentieel van *mystery calling* daar de gedane vaststellingen eerder als beginpunt van het onderzoek zouden kunnen dienen waarna het dossier verder kan worden opgevolgd aan de hand van de gewone bevoegdheden.

II. ONDERZOEK TEN GRONDE

8. Hoewel de beide wetsvoorstellen aldus eenzelfde resultaat nastreven, namelijk de effectieve en doeltreffende inzet van *mystery calls* in het kader van de strijd tegen discriminatie, werd er op het niveau van het parlement alsnog voor geopteerd om twee verschillende wetsvoorstellen in te dienen.
9. Overeenkomstig artikel 2 van het wetsvoorstel *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek met het oog op de invoering van een bijkomende bevoegdheid voor de sociaal inspecteurs teneinde een proactieve detectie van vormen van discriminatie op de arbeidsmarkt mogelijk te maken* wordt het artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* als volgt vervangen:

"Art. 42/1. Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie

De sociaal inspecteurs mogen een onderneming 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 van de volgende wetten, moeten meedelen:

- *de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie;*
- *de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen;*
- *de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden.*

Blijven vrij van straf, de sociaal inspecteurs die in dat kader strikt noodzakelijke strafbare feiten plegen. De betrokken persoon of personen waarbij vaststellingen worden gedaan mogen niet worden geïmproviseerd in de zin van 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.”

10. Het wetsvoorstel *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek wat betreft de bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van de vaststellingen inzake discriminatie* daarentegen beoogt de volgende wijziging van artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek*:

“Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie

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

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

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

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

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

§ 4. De uitoefening van de bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie zoals bedoeld in § 1 kan slechts gebeuren na een schriftelijk en voorafgaand akkoord van de arbeidsauditeur of de

procureur des Konings. Dit akkoord heeft eveneens betrekking op de strikt noodzakelijke strafbare feiten en de machtiging daartoe, zoals bedoeld in § 3.

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

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

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

11. De Autoriteit bemerkt dat de beide voorstellen als zodanig geen wezenlijke invloed hebben op de gegevensverwerking die gepaard gaat met het uitvoeren van *mystery calls* overeenkomstig artikel 42/1 *Sociaal Strafwetboek* zoals ingevoegd bij de wet van 15 januari 2018 houdende diverse bepalingen inzake werk. Immers, de wezenlijke elementen van de onderhavige gegevensverwerking blijven ongewijzigd. In het bijzonder voor wat betreft de beperking van de rechten van de betrokkenen overeenkomstig artikel 23 AVG die desgevallend plaats kan vinden, neemt de Autoriteit akte van de artikelen 100/14, 100/15, 100/16 en 100/17 *Sociaal Strafwetboek*.
12. Voor het overige is het niet de taak van de Autoriteit om zich uit te spreken over de inhoudelijke/vormelijke wenselijkheid van het ene wetsvoorstel boven het andere.

OM DEZE REDENEN,

De Autoriteit

maakt geen opmerkingen bij de ter advies voorgelegde wetsvoorstellen daar zij als zodanig geen wezenlijke invloed hebben op de onderliggende verwerking van persoonsgegevens.

(get.) Alexandra Jaspar

Directeur van het Kenniscentrum