



Advies nr. 52/2017 van 20 september 2017

Betreft: voorontwerp van wet tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek (CO-A-2017-053)

De Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (hierna de "Commissie");

Gelet op de wet van *8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens* (hierna "WVP"), inzonderheid artikel 29;

Gelet op het verzoek om advies van de Minister van Werk, ontvangen op 24 juli 2017;

Gelet op het verslag van mevrouw Mireille Salmon;

Brengt op 20 september 2017 het volgend advies uit:

Voorafgaande opmerking

De Commissie vestigt er de aandacht op dat er recent nieuwe Europese regelgeving inzake de bescherming persoonsgegevens uitgevaardigd werd: betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens. Deze akten verschenen in het Europese Publicatieblad van 4 mei 2016¹.

De verordening, meestal AVG (algemene verordening gegevensbescherming) genaamd, is van kracht geworden twintig dagen na publicatie, nl. op 24 mei 2016 en wordt, twee jaar later, automatisch van toepassing: 25 mei 2018. De richtlijn moet via nationale wetgeving omgezet worden tegen uiterlijk 6 mei 2018.

Voor de Verordening betekent dit dat vanaf 24 mei 2016, gedurende de uitvoeringstermijn van twee jaar, op de lidstaten enerzijds een positieve verplichting rust om alle nodige uitvoeringsbepalingen te nemen en anderzijds ook een negatieve verplichting, de zogenaamde "onthoudingsplicht". Laatstgenoemde plicht houdt in dat er geen nationale wetgeving mag worden uitgevaardigd die het door de Verordening beoogde resultaat ernstig in gevaar zou brengen. Ook voor de Richtlijn gelden gelijkaardige principes.

Het verdient dan ook aanbeveling om desgevallend nu reeds op deze akten te anticiperen. Het behoort in de eerste plaats aan de adviesaanvrager(s) toe om hiermee rekening te houden in zijn (hun) voorstellen of ontwerpen. De Commissie heeft in onderhavig advies, in de mate van het mogelijke en onder voorbehoud van mogelijke bijkomende toekomstige standpunten, alvast gewaakt over de hoger geschetste negatieve verplichting.

¹ 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 (algemene verordening gegevensbescherming)

Richtlijn (EU) 2016/680 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens door bevoegde autoriteiten met het oog op de voorkoming, het onderzoek, de opsporing en de vervolging van strafbare feiten of de tenuitvoerlegging van straffen, en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Kaderbesluit 2008/977/JBZ van de Raad

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC>

A. Onderwerp en context van de aanvraag

1. De Minister van Werk (hierna de "aanvrager") vraagt de Commissie om advies over een voorontwerp van wet *tot wijziging van het Sociaal Strafwetboek* (hierna het "voorontwerp").
2. Uit de samenvatting van het voorontwerp blijkt dat deze het Sociaal Strafwetboek wil wijzigen om de sociaal inspecteurs de bevoegdheid te geven om - mits eerbiediging van bepaalde voorwaarden en in het kader van het toezicht op de antidiscriminatoire wetgeving - de zogenaamde "mystery shopping"-methode toe te passen en dit om de feiten te kunnen verzamelen waarmee kan worden bewezen dat er inbreuken zijn begaan inzake discriminatie op het werk omwille van informatie die werd verstrekt of die blijkt uit de manier waarop men zich uitdrukt of antwoordt op gestelde vragen.
3. Het voorontwerp wil met andere woorden voor de opsporing en vaststelling van "discriminatoire" inbreuken op de arbeidsplaats aan de sociaal inspecteurs de bijzondere bevoegdheid verlenen zich voor te doen als (potentiële) werknemer, zodat het voor de commissie gemakkelijker wordt dergelijke inbreuken te bewijzen. De techniek van mystery shopping kan gebruikt worden om een bepaalde praktijk te onderzoeken binnen dezelfde sector of de praktijken van een bepaalde werkgever.

B. Onderzoek van het voorontwerp

B.1. Structuur en draagwijdte van het voorontwerp

4. Het voorontwerp voegt een sectie 2/1 in, met als titel "Bijzondere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs op het vlak van vaststellingen inzake discriminatie", in het boek 1^{Titel} 2, Hoofdstuk 2 van het Sociaal Strafwetboek dat gewijd is aan de bevoegdheden van de sociaal inspecteurs (artikel 2 van het voorontwerp). In deze nieuwe afdeling wordt een artikel 42/1 ingevoegd met als titel: "Bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie" waarin de nieuwe bevoegdheid nader wordt omschreven (artikel 3). Dit artikel luidt als volgt:
"Met het oog op het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscriminatoire wetgeving, en van zijn uitvoeringsbesluiten, hebben de sociale inspecteurs de bevoegdheid om bij objectieve aanwijzingen van discriminatie zich voor te doen als cliënten, potentiële cliënten, werknemers of potentiële werknemers om na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd, wordt of zou worden. 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 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, potentiële diensten, werknemers of potentiële werknemers te kunnen vaststellen".

De sociaal inspecteurs worden vrijgesteld van de verplichting, bedoeld in artikel 20 van het Sociaal Strafwetboek, om hun legitimatiebewijs te moeten voorleggen wanneer zij binnen dit kader handelen (artikel 4).

5. De Commissie stelt vast dat het voorontwerp voornamelijk een nieuwe methode invoert voor de sociaal inspecteurs om gegevens te verzamelen. Deze staat beschreven in het hoofdstuk dat gewijd is aan de bevoegdheden van de sociaal inspecteurs waarin met name wordt bepaald dat zij mogen overgaan tot elk onderzoek, elke controle en elk verhoor, alsook alle inlichtingen inwinnen die zij nodig achten om zich ervan te vergewissen dat de bepalingen van de wetgeving waarop zij toezicht uitoefenen, werkelijk worden nageleefd².
6. De Commissie stelt meteen de meervoudsvorm vast in de titel van de nieuwe afdeling en het ontwerpartikel³ terwijl er eigenlijk sprake is van het toekennen van slechts één nieuwe, bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie. Zij verzoekt de aanvrager om zijn tekst op dit punt te herzien.
7. De Commissie merkt bovendien op dat de aanvrager zich vooral geïnspireerd heeft op de artikelen XV.3/1 en XV.17 van het Wetboek van Economisch Recht dat voor zijn economische inspecteurs voorziet in de mogelijkheid gebruik te maken van de techniek van mystery shopping om bepaalde inbreuken op het Wetboek van Economisch Recht en zijn uitvoeringsbesluiten op te sporen en vast te stellen. Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, is dit prerogatief omkaderd middels de vaststelling van strikte voorwaarden in de voormelde artikelen. Ook werd geput uit artikel 87 *quinquies* van de wet van 2 augustus 2002 *betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten*⁴ dat de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten (de FSMA) of de door hen gemandateerde derden, toelaat gebruik te maken van mystery shopping.
8. De Commissie zal onderzoeken of de beginsels van de privacywet zijn nageleefd voor wat de mogelijkheid betreft de techniek van mystery shopping te gebruiken en welke de voornaamste toe te passen regels zijn inzake gegevensbescherming.

² Zie artikelen 23 en volgende van het Sociaal Strafwetboek.

³ Enkel in de Franse versie voor wat de titel van het artikel betreft.

⁴ <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2002/08/02/2002003392/justel>.

B.2. Toepassing van de WVP op de onderzoekstechniek mystery shopping

B.2.1. Verwerking van persoonsgegevens

9. Volgens de Memorie van Toelichting, viseert de mystery shopping⁵ - waarmee de sociaal inspecteurs zich kunnen voordoen als (potentiële) werknemers - hier het verzamelen van feiten waarmee het bestaan van een discriminatoire inbreuk kan worden bewezen omwille van informatie die werd verstrekt of die blijkt uit de manier waarop men zich uitdrukt of antwoordt op gestelde vragen. De Commissie stelt vast dat het gaat over een nieuwe, specifieke methode voor het inzamelen van informatie die voor de sociaal inspecteurs mogelijkwijze verwerkingen van persoonsgegevens met zich zullen meebrengen.
10. Zoals uiteengezet in Memorie van Toelichting, kan, ingevolge de uitoefening van deze bevoegdheid en wanneer blijkt dat een van de drie antidiscrimatoire wetten zijn overtreden, de inspecteur krachtens zijn beoordelingsbevoegdheid als bepaald in artikel 21 van het Sociaal strafwetboek, overgaan tot algemene actie of meer doelgerichte maatregelen, of zelfs een proces-verbaal opstellen.
11. De Commissie wijst erop dat de beoordelingsbevoegdheid de sociale inspecteurs de mogelijkheid geeft om inlichtingen en adviezen te verstrekken, een verwittiging te geven, de overtreder een termijn op te leggen om zich in regel te stellen, hun onderzoeks- en controlebevoegdheden uit te oefenen of om een proces-verbaal op te stellen voor het vaststellen van de inbreuken op de bepaling waarvoor zij belast met de controle op de naleving ervan⁶.
12. De Commissie merkt ook op dat volgens artikel 64 van het Sociaal Strafwetboek, de vermeldingen in een proces-verbaal tot vaststelling van een inbreuk, de identiteit van de vermoedelijke dader en van de betrokkenen moet bevatten. Het proces-verbaal dat een inbreuk vaststelt wordt bezorgd aan het openbaar ministerie en een exemplaar wordt bezorgd aan de bevoegde administratie die gemachtigd is om administratieve boetes op te leggen. Een kopie wordt verstrekt aan de vermoedelijke dader van de inbreuk en desgevallend ook aan zijn werkgever.
13. De methode mystery shopping veronderstelt bijgevolg de inzameling, registratie, bewaring en gebruik van de persoonsgegevens van de overtreder, in de meeste gevallen met behulp van geautomatiseerde middelen.

⁵ Mystery shopping wordt aangeduid met de termen situatietest, praktijktest of mystery calls (bij telefoonoproepen).

⁶ Deze appreciatiebevoegdheid wijkt af van de wettelijke aangifteplicht voor ambtenaren van misdrijven en delicten waarvan zij kennis hebben in de uitoefening van hun functies, als bepaald in artikel 29 in het Wetboek van Strafvordering (M. Morsa, *Les inspections sociales en mouvement*, Larcier, 2011, blz. 197 en volgende).

14. De Commissie herinnert eraan dat de processen-verbaal, die zijn opgemaakt door de diensten van de sociale inspectie van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal overleg in dit geval elektronische processen-verbaal zijn (e-PV), en in de e-PV gegevensbank worden opgenomen. Ook de gegevensbank Ginaa van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal overleg bevat gegevens over elke persoon die ervan verdacht worden (mede)dader te zijn van een inbreuk, elke persoon aan wie een administratieve boete kan worden opgelegd en elke werknemer of persoon die beschouwd wordt of kan worden als een betrokkene bij een inbreuk. Deze gegevensbanken maken het voorwerp uit van een specifieke omkadering⁷ waarover de Commissie zich al heeft kunnen uitspreken⁸. Deze omkadering regelt de oprichting, de verantwoordelijkheid voor de verwerking, het doeleinde, de verwerkte gegevens en de toegankelijkheid tot deze gegevensbanken.

B.2.2. Rechtmatigheid van de verwerking en proportionaliteit van de verwerkte gegevens

15. De gegevens moeten voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden worden verzameld en mogen niet verder worden verwerkt op een wijze die niet met deze doeleinden verenigbaar is.
16. De Commissie merkt hierover op dat het Sociaal Strafwetboek uitdrukkelijk bepaalt dat de sociale inspecteurs erop moeten toezien dat het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zijn nageleefd⁹. Zo moeten zij hun bevoegdheden uitoefenen om te controleren of de bepalingen waarvoor zij belast zijn met de controle op de naleving ervan, zijn nageleefd en moeten zij erover waken dat de middelen die zij gebruiken gepast en noodzakelijk zijn voor deze controle.
17. In dit geval, wordt het specifieke doeleinde van de techniek van mystery shopping inzake discriminatie op het werk, uitdrukkelijk vermeld in het voorontwerp - (naar voorbeeld van de gelijkaardige bepalingen in het Wetboek van Economisch Recht): Het gaat om "het opsporen en vaststellen van inbreuken op de antidiscrimatoire wetgeving, en van zijn uitvoeringsbesluiten" en in dit kader "na te gaan of op grond van een wettelijk beschermd criterium gediscrimineerd werd, wordt of zou worden". De memorie van toelichting verduidelijkt dat mystery shopping kan worden uitgevoerd in het kader van de controle op de naleving van de drie antidiscriminatiewetten, meer bepaald de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*¹⁰, de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van discriminatie tussen*

⁷ Zie artikelen 110/1 en volgende van het Sociaal Strafwetboek.

⁸ Advies nr. 05/2012 van 8 februari 2012

https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/advies_05_2012_0.pdf.

⁹ Zie artikelen 18 tot 19 van het Sociaal Strafwetboek.

¹⁰ <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2007/05/10/2007002099/justel>.

*vrouwen en mannen*¹¹ en de wet van 30 juli 1981 *tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden*¹², en hun uitvoeringsbesluiten.

18. Gelet op het doeleinde dat de aanvrager nastreeft en aangezien het gaat om een nieuwe, specifieke onderzoeksbevoegdheid dat onderhevig is aan bijzondere regels, verzoekt de Commissie om in de tekst van het voorontwerp uitdrukkelijk te omschrijven dat het doeleinde "opsporing en vaststelling van inbreuken met betrekking tot de antidiscriminatiewetgeving" enkel betrekking heeft op de arbeidsbetrekkingen. Deze precisering moet ook vermeld worden in de titel van de afdeling en het artikel dat het Sociaal Strafwetboek wil invoegen.
19. De Commissie herhaalt dat deze techniek bijgevolg uitsluitend mag gebruikt worden in het kader van dit welbepaald doeleinde en niet om de naleving van andere bepalingen te controleren waarmee de sociaal inspecteurs belast zijn.
20. De Commissie stelt vast dat op een algemene manier in de tekst van het voorontwerp verwezen wordt naar de antidiscriminatoire wetgeving, zonder verwijzing naar de specifieke betrokken wetten. Zij kan zich voorstellen dat deze wetgeving mettertijd verder kan worden aangevuld ten gunste van de discriminatiebestrijding op het werk.
21. Dit gezegd zijnde is de Commissie van mening dat deze maatregel slechts kan worden ingezet bij de zwaarste inbreuken op de antidiscriminatoire wetgeving en niet voor inbreuken die aanleiding geven tot lichte straffen. Daarom verzoekt zij de aanvrager om de desbetreffende inbreuken nader te omschrijven. De Commissie wenst te benadrukken dat de techniek van de mystery shopping een vorm van infiltratie is (hetzij in de reële wereld, hetzij in de virtuele wereld, ook wel "infiltratie-light" genoemd, hetzij een combinatie van beide). Het is een heimelijke opsporingsmethode waarin de overheidsambtenaar krachtens de wet toegelaten wordt "bewust te liegen". In het gemeen strafprocesrecht is een reële infiltratie door een politieambtenaar maar mogelijk wanneer er ernstige aanwijzingen zijn dat dat er sprake is van strafbare feiten in het kader van een criminele organisatie, zoals bedoeld in artikel 324*bis* van het strafwetboek, of misdaden of wanbedrijven als bedoeld in artikel 90*ter*, §§ 2 tot 4 van het wetboek van strafvordering (d.w.z. de zgn. taplijst) (cf. artikel 47*octies* §1 van het wetboek van strafvordering). Een infiltratie light of interactie op het internet door de politie (cf. artikel 46*sexies* van het wetboek van strafvordering) vraagt minstens een misdrijf strafbaar met één jaar gevangenisstraf. In de ontworpen regeling kan het blijkbaar zowel gaan om een virtuele dan wel om een reële vorm van mystery shopping of de combinatie van beiden.

¹¹ <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/2007/05/10/2007002098/justel>.

¹² <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/wet/1981/07/30/1981001359/justel>.

22. Ook het proportionaliteitsbeginsel wordt verduidelijkt in het voorontwerp en preciseert - naar voorbeeld van de gelijkaardige bepalingen in het Wetboek van Economisch Recht - dat "[de bevoegdheid mystery shopping] enkel kan worden uitgeoefend indien het voor de uitoefening van het toezicht noodzakelijk is om de reële omstandigheden te kunnen vaststellen die gelden voor gewone cliënten, potentiële diensten, werknemers of potentiële werknemers".
23. Volgens de Memorie van Toelichting houdt deze bepaling ook de toepassing in van het subsidiariteitsbeginsel. Zo zou deze nieuwe bevoegdheid niet enkel uitgeoefend kunnen worden wanneer dat noodzakelijk is voor het nagestreefde doeleinde maar ook als het doel niet kan worden bereikt via de uitoefening van de andere bevoegdheden van de sociaal inspecteurs. Eenzelfde uitleg blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden dit resulteerden tot de aanname van artikel XV.3/1 van het Wetboek van Economisch Recht dat een gelijkaardige bepaling bevat¹³.
24. De Commissie meent dat het subsidiaire karakter van de maatregel duidelijker kan worden omschreven in de tekst van het voorontwerp. Daarom stelt de Commissie voor om de volgende bijkomende vermelding toe te voegen: "en als het niet mogelijk is om ze vast te stellen middels een andere bevoegdheid".
25. De Commissie ziet niet direct in waarom het voor de controle op discriminatie op het werk noodzakelijk is voor de sociaal inspecteurs om zich voor te doen als klanten of potentiële klanten en zo de reële omstandigheden vast te stellen die gelden voor de gewone of potentiële klanten. Zij wenst dat de relevantie van de verwijzing naar (gewone) of potentiële klanten specifiek gemotiveerd wordt in de Memorie van Toelichting of dat ze wordt geschrapt.
26. De Commissie staat er positief tegenover dat de vermeldingen van persoonsgegevens die kunnen opgenomen worden in het processen-verbaal, rechtstreeks beschreven staan in de wettekst, in artikel 64 van het Sociaal Strafwetboek.
27. De Commissie merkt op dat de Raad van State in verband met de rechtmatigheid van de verwerking over de techniek van mystery shopping het volgende heeft gezegd: *"De bewijslevering en de bewijsvoering moeten volgens correcte en loyale procedures verlopen en met eerbiediging van de woning (artikel 15 van de Grondwet), privé- en gezinsleven (artikel 22 van de Grondwet), het briefgeheim (artikel 29 van de Grondwet), en het beroepsgeheim (artikel 458 van het Strafwetboek). Een dermate moeilijke kwestie, waarbij grondwettelijke beginselen op de helling kunnen komen te staan, mag niet overgelaten worden aan de Koning maar moet, althans wat de essentiële principes ervan betreft, geregeld worden door de wetgever zelf die moet zoeken naar*

¹³ Doc. Parl. Kamer, 2015-2016, nr. 1861/001, <http://www.dekamer.be/FLWB/pdf/54/1861/54K1861001.pdf>.

*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 fundamentele rechten en vrijheden, en aldus ervoor moet zorgen dat tegen de "praktijktesten" niet kan worden ingebracht dat ze gepaard gaan met uitlokking of deloyale handelingen"*¹⁴.

28. De verwerking slaat op zogenaamde gerechtelijke gegevens als bedoeld in artikel 8 van de WVP waarvoor een zeer strikt rechtmatigheidsbeginsel geldt. Een dergelijke verwerking is in onderhavig geval toegestaan als de verwerking noodzakelijk is voor de verwezenlijking van doeleinden die door of krachtens een wet, een decreet of een ordonnantie zijn vastgesteld (artikel 8, §2, b) van de WVP).
29. De bedoelde wettelijke bepaling moet voldoende precies zijn, beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig zijn met de nagestreefde legitieme doelstelling¹⁵.
30. In dit geval steunt de Memorie van Toelichting op de hoorzittingen in verband met de vraag over discriminatie op de arbeidsmarkt, waartoe de Commissie van sociale zaken is overgegaan op 4 maart 2015, en waaruit blijkt dat het zwak punt voor de inspectiediensten zich situeert op het niveau van de bewijslast van het discriminatoir gedrag¹⁶.
31. De Commissie neemt akte van deze uitleg en merkt op dat UNIA een aanbeveling uitbracht om een wettelijk kader te creëren voor de situatietesten die de arbeidsinspectie organiseert¹⁷. In dit document maakt UNIA gewag van de minimale resultaten die de Inspectie voor toezicht op de sociale wetten haalt in de discriminatieproblematiek. Zij legt uit dat een discriminatie moeilijk te bewijzen valt, zelfs na een controle van de inspectie, en voortvloeit uit het feit dat werkgevers erover waken om geen discriminatoire criteria schriftelijk vast te leggen (in databanken, interne documenten of e-mail) en dat voor selectiebeslissingen in het kader van arbeidsbetrekkingen een ruime appreciatiemarge bestaat die op grond van zowel arbeidsgerelateerde als subjectieve factoren toelaat de discriminatoire criteria te verhullen.
32. Dit gezegd zijnde, meent de Commissie dat de bevoegdheid om gebruik te maken van mystery shopping niet kan worden uitgevoerd zonder een a priori controle door een onafhankelijke autoriteit, omdat een controle a posteriori immers niet gegarandeerd is omwille van de

¹⁴ Advies 32.967/2 van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/32967.pdf>.

¹⁵ De Commissie verwijst hier naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (cf. haar advies nr. 23/2008 van 11 juni 2008 betreffende het voorontwerp van wet houdende oprichting van de authentieke bron van voertuiggegevens https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/advies_23_2008_0.pdf, onder meer punt 54).

¹⁶ Kamer, Commissie Sociale Zaken, CRIV, 54 com 104 <https://www.dekamer.be/doc/CCRI/pdf/54/ic104.pdf>.

¹⁷ Opsporing en toezicht inzake discriminatie in arbeidsbetrekkingen door de federale arbeidsinspectie, aanbeveling nr. 165 van 31 maart 2017, http://unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/FED_-165_-_Opsporing_en_toezicht_door_de_arbeidsinspectie.pdf.

appreciatiebevoegdheid van de sociale inspecteurs. De methode van mystery shopping heeft zoals reeds werd aangetoond¹⁸ (cfr. randnummer 21) veel weg van een infiltratie en er kan, zoals het ontwerp vandaag is opgevat, beroep op worden gedaan voor minder zware inbreuken. Daarom dringt de Commissie erop aan om te voorzien in een a priori controle van de maatregel door een magistraat van het arbeidsauditoraat of, als het gebeurt in het kader van een onderzoek, door een onderzoeksrechter.

33. De Commissie merkt overigens op dat de techniek terecht een accessoir karakter heeft aangezien de tekst van het voorontwerp preciseert dat ze slechts kan worden aangewend wanneer er objectieve aanwijzingen van discriminatie bestaan.
34. De Commissie stelt vast dat de memorie van toelichting het volgende vermeldt: "indien de techniek leidt tot de vaststelling dat er aanwijzingen bestaan van een twijfelachtige praktijk of van een bewezen inbreuk, beschikt de inspecteur over een basiselement die hem toelaat een meer algemene actie of meer doelgerichte maatregel aan te wenden, of zelfs een proces-verbaal op te stellen". Deze uitspraak is in tegenspraak met het accessoir karakter van de maatregelen aangezien daarmee de indruk wordt gewerkt dat de techniek van mystery shopping kan gebruikt worden om eerst aanwijzingen te verkrijgen terwijl de techniek uitsluitend mag gebruikt worden als er al aanwijzingen in die zin bestaan. De Memorie van Toelichting moet op dit punt gecorrigeerd worden.
35. Tot slot noteert de Commissie dat de bepalingen van het voorontwerp volgens dewelke de sociaal inspecteurs die inbreuken zouden plegen die absoluut noodzakelijk zijn binnen het kader van het gebruik van de techniek van mystery shopping, vrijgesteld zijn van straf en dat de betrokkenen waarbij vaststellingen worden gedaan niet mogen worden geprovoceerd in de zin van artikel 30 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering.
36. Zij is erover verwonderd dat de absoluut noodzakelijke inbreuken die de sociale inspecteurs mogen begaan, niet nader omschreven zijn. Omdat het voornamelijk gaat om bijvoorbeeld het openlijk aannemen van een valse naam of valsheid in geschrifte, verzoekt de Commissie dat de aanvrager de desbetreffende inbreuken oplijst. Minstens dient de magistraat van het arbeidsauditoraat de dwingende bevoegdheid te worden geven in een machtiging de strafbare feiten op te lijsten die de sociale inspecteurs kunnen plegen en dus een gelijkaardige regeling uit te werken zoals die geldt voor de observatie of infiltratie door de reguliere politie, waar de parketmagistraat of onderzoeksrechter deze strafbare feiten eveneens, in beginsel voorafgaandelijke aan de inzet van de bijzondere opsporingsmethode, dient te machtigen. Het

¹⁸ Les plus graves peuvent faire l'objet d'une peine d'emprisonnement de 2 ans maximum.

voorontwerp voorziet evenmin in een duur van de maatregel, wat evenzeer veel verder gaat dan de gemeenrechtelijke regeling rond observatie en infiltratie die in de tijd worden beperkt (3 maanden voor een gewone interactie op het internet, observatie of infiltratie, weliswaar verlengbaar). In de hier ontworpen regeling kunnen de voorgenomen maatregelen kennelijk onbeperkt in de tijd toegepast worden wat niet proportioneel is.

B.2.3.2.3. Verantwoordelijkheid voor de verwerking

37. Volgens de tekst van het voorontwerp, zal de techniek van mystery shopping worden ingezet door de sociaal inspecteurs, meer bepaald door de ambtenaren die vallen onder het gezag van de ministers bevoegd voor Werkgelegenheid en Arbeid, Sociale Zekerheid, Sociale Zaken en Volksgezondheid of die behoren tot de openbare instellingen die daarvan afhangen en die belast zijn met met het toezicht op de eerbiediging van de bepalingen van het Sociaal Strafwetboek, de wetten bedoeld in Boek II van dit Wetboek en de andere wetten waarvan zij de eerbiediging moeten controleren en de controle op de naleving van de bepalingen van de uitvoeringsbesluiten van het Sociaal Strafwetboek en de voormelde wetten¹⁹. De Commissie merkt op dat er sprake is van een uitgebreide panel van personen en bevoegdheidsdomeinen.
38. Welnu, de Commissie stelt vast dat de attachés, technische experts en adviseurs belast met de controle binnen de Algemene Directie Toezicht op de Sociale wetten van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal overleg, belast zijn met de eerbiediging van de antidiscriminatoire wetten bij arbeidsbetrekkingen, overeenkomstig de bepalingen ad hoc van die wetten²⁰ en de koninklijke uitvoeringsbesluiten van 24 oktober 2008²¹. De Memorie van Toelichting bevestigt hier dat de mystery shopping zal worden ingezet door ambtenaren, die door deze koninklijke besluiten zijn aangesteld.
39. Aangezien het hier om een nieuwe, specifieke onderzoeksbevoegdheid gaat, moet de aanvrager in de tekst van het voorontwerp de hoedanigheid van sociaal inspecteurs deze techniek zullen mogen aanwenden, nader omschrijven.

¹⁹ Zie artikel 16, 1°, Sociaal Strafwetboek.

²⁰ Artikel 34 van de wet van 30 juli 1981 *tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden*, artikel 38 §1 van de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen* en artikel 32 §1 van de wet van 10 mei 2007 *ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie*.

²¹ Het gaat meer bepaald over het koninklijk besluit *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*, over het koninklijk besluit *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* en over het Koninklijk besluit *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*.

40. De Commissie merkt ook op dat de begeleidende brief bij de adviesaanvraag het volgende vermeldt: "De calls moeten van de sociaal inspecteur zelf komen, niet van derden; minstens de inspectie moet de calls organiseren en omkaderen (voorwaarden, vorm, draaiboek) op basis van criteria en risico- analyse maar de calls zelf kunnen georganiseerd worden door derden".
41. Ondanks de tegengesteldheid van deze twee uitspraken, is de Commissie de mening toegedaan dat de mogelijkheid om beroep te doen op derden - wat nergens wordt vermeld in de tekst of zelfs de Memorie van Toelichting van het voorontwerp - onverenigbaar is met het specifieke karakter van deze nieuwe onderzoekstechniek en de daaraan verbonden prerogatieven.
42. De Commissie benadrukt overigens dat de sociaal inspecteurs onderworpen zijn aan een zeker aantal plichten²². Zo moeten zij de noodzakelijke maatregelen treffen om de vertrouwelijkheid van de sociale persoonsgegevens te garanderen. Zij zijn eveneens onderworpen aan een discretieplicht, een integriteitsplicht en aan de eerbiediging van deontologische regels, onverminderd de mededeling aan de bevoegde diensten van de inlichtingen die zij tijdens hun onderzoek hebben ingezameld.
43. De Commissie merkt tot slot op dat de verantwoordelijkheid van de e-PV gegevensbanken en Ginaa geregeld is - overeenkomstig artikel 1, §4, 2de lid van de WVP - in de artikelen 100/6 2^{delid} en 100/11, 1^{ste} lid van het Sociaal Strafwetboek.

B.2.4. Informatieverstrekking en recht op toegang van de betrokkene

44. In het raam van de WVP is de informatieverstrekking een belangrijk beginsel dat onder meer een transparante en eerlijke verwerking moet garanderen. Aangezien het in de onderhavige context gaat om de verwerking van gevoelige, met name gerechtelijke gegevens, is deze informatieverstrekking nog relevanter.
45. De betrokkene moet zijn recht op toegang kunnen uitoefenen bij de verantwoordelijke voor de verwerking.
46. De Commissie merkt evenwel op dat het Koninklijk besluit van 11 maart 2015 ter uitvoering van artikel 3, §5, 3^o van de WVP bepaalt dat de artikelen 9 (informatieplicht), 10, §1 (recht op toegang) en 12 (recht op verbetering - schrapping - verzet) van de WVP niet van toepassing zijn op de sociaal inspecteurs en de ambtenaren van de Federale Overheidsdienst Werkgelegenheid, Arbeid en Sociaal Overleg in het kader van hun opdrachten van administratieve politie als bedoeld

²² Artikelen 58 tot 61 van het Sociaal Strafwetboek.

in Boek 1, Titel 2 en Titel 4, Hoofdstuk 3 van het Sociaal Strafwetboek. Deze uitzondering is van toepassing binnen de uitoefening van hun onderzoeks- en controlebevoegdheden en de administratieve vervolging van inbreuken²³.

47. De Commissie herhaalt dat de betrokkenen dan wel recht hebben op een onrechtstreekse toegang tot de verwerkte gegevens via een tussenpersoon en dit overeenkomstig artikel 13 van de WVP.
48. De betrokkene heeft overigens binnen het kader van de procedure voor administratieve boetes, toegang tot zijn dossier in Ginaa en dus tot zijn gegevens.
49. De Commissie neemt tot slot akte van de vrijstelling op de verplichting voor de sociaal inspecteurs om hun legitimatiebewijs voor te leggen in het kader van deze ingevoerde, bijzondere maatregel. Gelet op de aard van die maatregel is een dergelijke vrijstelling logisch aangezien een voorafgaande legitimatie tegenstrijdig is met het nagestreefde doeleinde van de aanvrager, met name de opsporing en vaststelling van inbreuken op de antidiscriminatoire wetgeving bij arbeidsbetrekkingen.

B.2.5. Bewaring van de gegevens

50. De Commissie herinnert eraan dat krachtens artikel 4, §1, 5°, van de WVP persoonsgegevens niet langer mogen worden bewaard, in een vorm die het mogelijk maakt de betrokkenen te identificeren, dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doeleinden waarvoor zij worden verkregen of verder verwerkt.
51. Voor het bijhouden van de administratieve dossiers, brengt de Commissie in herinnering dat in de praktijk een onderscheid moet gemaakt worden tussen verschillende bewaringswijzen. De behandeling van een hangend dossier vereist een bewaring van gegevens opdat deze op normale wijze beschikbaar en toegankelijk zouden zijn voor de ambtenaren die belast zijn met het beheer van het dossier. Zodra een dossier kan worden gearchiveerd, moet gekozen worden voor een bewaringswijze waardoor de gegevens slechts beperkt beschikbaar en toegankelijk zijn. Een dergelijke bewaarmethode moet een antwoord bieden op andere mogelijke doeleinden van deze bewaring, zoals de naleving van de wettelijke voorschriften inzake verjaring of de uitvoering van een administratieve controle. Wanneer de bewaring niet langer nuttig is, moeten de gegevens niet meer bewaard worden.

²³ Er bestaat al een dergelijke uitzondering voor de verwerking van persoonsgegevens die beheerd worden door de overheid met het oog op de uitoefening van hun opdrachten van gerechtelijke politie, overeenkomstig artikel 3, §5, 1° van de WVP.

52. De Commissie laat opmerken dat er voor de gegevensbanken e-PV en Ginaa geen precieze regels bestaan voor de bewaring of de maximale bewaring en er wordt bijgevolg verwezen naar het algemeen beginsel van de WVP.

B.2.6. Beveiligingsmaatregelen

53. Aangezien de techniek van mystery shopping ertoe zal leiden dat er persoonsgegevens worden verzameld en dus ook bewaard, moet worden onderstreept hoe belangrijk het is dat er gepaste technische en organisatorische beveiligingsmaatregelen worden genomen, meer bepaald gelet op de gevoeligheid van de verwerkte gegevens die een gerechtelijk karakter hebben zoals bedoeld in artikel 8 van de WVP.
54. De Commissie vestigt de aandacht op de bepalingen van artikel 16 van de WVP, en vermits het gaat om gegevens van gerechtelijke aard, op deze van artikel 25 van het koninklijk besluit van 13 februari 2001 ter uitvoering van de WVP. Zij verwijst eveneens naar de aanbevelingen, referentiemaatregelen en richtlijnen die zij ter zake heeft uitgebracht²⁴.
55. De Commissie merkt op dat het van wezenlijk belang is dat de voormelde beveiligingsmaatregelen in de praktijk worden toegepast-. Zo zullen de gegevens die verzameld werden in het kader van de bepalingen die de sociaal inspecteurs moeten doen naleven, naast de andere maatregelen, duidelijk gescheiden- worden van andere gegevens die voor andere doeleinden werden verzameld, en enkel toegankelijk zijn voor de betrokken ambtenaren en moet er een logging zijn van de toegangen.

OM DEZE REDENEN,

De Commissie

brengt een gunstig advies uit aan het voorontwerp op voorwaarde dat rekening wordt gehouden met haar opmerkingen, hierna samengevat:

- De bevoegdheid om mystery shopping in te zetten kan niet worden uitgeoefend zonder een a priori controle door een onafhankelijke autoriteit. Er moet worden voorzien in een a priori controle door een magistraat van het arbeidsauditoraat of een onderzoeksrechter en dit in een gelijkaardige regeling zoals die geldt voor politieambtenaren in het gemeenrechtelijk strafprocesrecht (punt 32).

²⁴ [Zie https://www.privacycommission.be/nl/consulent-inzake-informatiebeveiliging](https://www.privacycommission.be/nl/consulent-inzake-informatiebeveiliging).

- Het is noodzakelijk om de ernst van de inbreuken nader te omschrijven waarvoor de sociaal inspecteurs de techniek van mystery shopping mogen inzetten en de maatregel moet in de tijd worden beperkt (punt 21).
- De aanvrager moet de absoluut noodzakelijke inbreuken oplijsten die de sociaal inspecteurs in het kader van mystery shopping mogen begaan en die van straf worden vrijgesteld of minstens voorzien in een systeem van machtigingen waarin een magistraat van het arbeidsauditoraat of een onderzoeksrechter deze inbreuken oplijst (punt 36).
- De titel van de nieuwe afdeling (en ook van het ontwerpartikel in de Franstalige versie) gebruikt de meervoudsvorm om te spreken van "nieuwe, bijzondere bevoegdheden inzake discriminatie" terwijl er eigenlijk sprake is van het verlenen van slechts één nieuwe, bijzondere bevoegdheid inzake discriminatie (punt 6).
- De tekst van het voorontwerp preciseert niet dat de bedoelde maatregel uitsluitend arbeidsbetrekkingen betreft, terwijl het gaat om het doeleinde dat de aanvrager nastreeft en dat het gaat om een nieuwe, specifieke onderzoeksbevoegdheid, die nauwkeurig moet worden afgebakend (punt 18).
- Het subsidiaire karakter van de maatregel die in de Memorie van Toelichting wordt vermeld, blijkt niet duidelijk uit de tekst van het voorontwerp. Daarom stelt de Commissie voor om de volgende vermelding bij te voegen op het einde van het 1ste lid van artikel 42/1 van het Sociaal Strafwetboek: "en als het niet mogelijk is om ze vast te stellen met een andere bevoegdheid" na de woorden "potentiële werknemers" (punt 24).
- In de tekst van het voorontwerp is er sprake van dat de sociaal inspecteurs bij het uitoefenen van hun toezicht op discriminatie op het werk, zich kunnen voordoen als klanten of potentiële klanten om zo de reële omstandigheden vast te stellen die gelden voor de gewone of potentiële klanten. De Commissie wenst dat de relevantie van de verwijzing naar (gewone) of potentiële klanten specifiek gemotiveerd wordt in de Memorie van Toelichting of dat ze wordt geschrapt (punt 25).
- De Memorie van Toelichting wekt de indruk dat mystery shopping kan gebruikt worden om eerst aanwijzingen te verkrijgen, wat in tegenspraak is met het accessoir karakter van de maatregel die slechts mag gebruikt worden als er al aanwijzingen in die zin bestaan (punt 34).
- De Memorie van Toelichting preciseert dat mystery shopping zal worden ingezet door de sociaal inspecteurs van de dienst Toezicht op de Sociale wetten. Dit blijkt niet uit de tekst van het voorontwerp die alle sociaal inspecteurs beoogt. Aangezien het hier om een nieuwe, specifieke onderzoeksbevoegdheid gaat, moet de tekst van het voorontwerp preciezer zijn over de hoedanigheid van de sociaal inspecteurs die deze techniek zullen mogen aanwenden (punt 39).
- De begeleidende brief bij de adviesaanvraag laat verstaan dat er een mogelijkheid zou zijn om beroep te doen op derden om de maatregel uit te voeren. De Commissie meent dat de mogelijkheid om beroep te doen op derden - wat niet voorkomt in de tekst noch in de Memorie

van Toelichting van het voorontwerp) - onverenigbaar is met het specifieke karakter van deze nieuwe onderzoekstechniek en de bijhorende prerogatieven (punt 41).

De wnd. Administrateur,

De Voorzitter,

(get.) An Machtens

(get.) Willem Debeuckelaere