

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS
DE BELGIQUE

23 mars 2021

PROPOSITION DE LOI

**visant à permettre des tests
de situation en vue de lutter
contre toutes formes de discriminations**

**AVIS DE L'AUTORITÉ DE PROTECTION
DES DONNÉES
N° 32/2021 DU 18 MARS 2021**

Voir:

Doc 55 **0127/ (S.E. 2019)**:
001: Proposition de loi de Mme *Dedonder* et consorts.

BELGISCHE KAMER VAN
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

23 maart 2021

WETSVOORSTEL

**om praktijktests toe te staan
teneinde discriminatie, in welke
vorm ook, tegen te gaan**

**ADVIES VAN DE
GEGEVENSBECHERMINGSAUTORITEIT
NR. 32/2021 VAN 18 MAART 2021**

Zie:

Doc 55 **0127/ (B.Z. 2019)**:
001: Wetsvoorstel van mevrouw *Dedonder* c.s.

04300

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
Vooruit	: Vooruit
cdH	: centre démocrate Humaniste
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 ^e législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 ^e zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toespraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigekleurig papier)



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 32/2021 du 18 mars 2021

Objet : Avis relatif à une proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations* (CO-A-2021-019)

L'Autorité de protection des données (ci-après l' "Autorité") ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après "la LCA") ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données, ci-après "le RGPD") ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande de Madame Éliane Tillieux, Présidente de la Chambre, reçue le 27/01/2021 ;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspar, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données ;

Émet, le 18 mars 2021, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le 27/01/2021, Madame Éliane Tillieux, Présidente de la Chambre, a demandé l'avis de l'Autorité concernant la proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations* (ci-après : le Projet).
2. L'auteur du Projet affirme que malgré la législation existante en la matière, la discrimination reste encore trop souvent impunie. Les problèmes se situent généralement au niveau de l'administration de la preuve, et ce alors qu'un régime de partage de la preuve favorable à la victime est prévu.
3. Le Projet vise donc à inscrire explicitement dans la législation que les résultats de tests de situation – organisés de manière loyale et non provocante – permettent de présumer une discrimination dans le chef de son auteur qui pourra s'en justifier. L'auteur du Projet souligne toutefois qu'il s'agit en l'espèce d'éléments de preuve civile et qu'il appartiendra donc toujours aux juges d'apprécier souverainement la fiabilité des éléments qui leur sont soumis et, en particulier, la manière dont les tests de situation ont été réalisés.

II. EXAMEN QUANT AU FOND

4. Conformément au Projet, le premier alinéa respectivement de l'article 30, § 3 de la loi du 30 juillet 1981 *tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, de l'article 33, § 3 de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes* et de l'article 28, § 3 de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* est complété par un point 4°, libellé comme suit :
"4° le résultat d'un ou plusieurs tests de situation qui révèle(nt) un traitement différent."
5. Les paragraphes concernés sont en outre complétés par les deux alinéas suivants :
"Le test de situation visé à l'alinéa 1^{er} peut être réalisé par la présence physique de testeurs ou par toute autre voie numérique ou analogique. Un test de situation satisfait au moins aux conditions suivantes :
 - 1. il ne peut avoir un caractère provoquant ; il doit se borner à créer l'occasion de commettre un fait punissable en reproduisant, sans excès, une scène de la vie quotidienne ;*
 - 2. il ne peut avoir pour effet de créer, renforcer ou confirmer une discrimination alors que la personne testée n'avait pas l'intention de commettre une telle discrimination ou souhaitait y mettre fin."*

6. Comme il ressort des développements du Projet et des lois anti-discrimination respectives, ces tests de situation peuvent prendre aussi bien la forme d'un test de récurrence que celle d'un test de comparabilité. Pour le test de récurrence, la présomption de discrimination est suscitée à l'aide d'éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé.¹ Pour le test de comparabilité par contre, la discrimination peut être démontrée au moyen d'éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence². En prouvant la comparabilité des situations dans lesquelles se trouvent les personnes traitées différemment, les facteurs qui n'ont rien à voir avec un critère protégé déterminé peuvent être éliminés, de sorte que la différence quant au critère protégé (par exemple le sexe, la race, l'orientation sexuelle) reste le seul facteur de comparaison pour la distinction de traitement.
7. L'auteur du Projet explique en outre que les méthodes de *mystery calling* et de *mystery shopping* font également partie de la notion de tests de situation. Actuellement, conformément à l'article 42/1 du Code pénal social, les agents de l'inspection sociale ont déjà la compétence, en vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation anti-discrimination, de même qu'à ses arrêtés d'exécution, de se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a été ou est commise. L'Autorité souligne toutefois que cette compétence ne peut aucunement être comparée avec des *mystery calls* qui seront réalisés dans le cadre du Projet par des personnes privées ou des organisations. En effet, en ce qui concerne les compétences des inspecteurs sociaux, le Code pénal social offre suffisamment de garanties afin d'assurer le respect du RGPD et de la LTD. Une même garantie 'a priori' ne peut pas être considérée comme existante dans le cas présent.
8. Néanmoins, l'Autorité admet qu'en l'espèce, il incombe au juge d'apprécier souverainement la licéité et la fiabilité des éléments soumis par l'auteur du test de situation. Dès lors, le juge devra procéder à une pondération entre d'une part les droits et libertés de la personne concernée (notamment en ce qui concerne la protection des données) et d'autre part les intérêts de la personne qui veut prouver l'existence de la discrimination. En outre, l'Autorité constate que les modifications envisagées ne lèvent pas tant l'interdiction des tests de situation mais en confirment

¹ Voir par exemple l'article 28, § 2, 1^o de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* et l'article 33, § 2, 1^o de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes*.

² Voir par exemple l'article 28, § 2, 2^o de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* et l'article 33, § 2, 2^o de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes*.

plutôt l'utilisation potentiellement licite. En effet, la réalisation d'enregistrements secrets – une technique qui sera généralement nécessaire dans le cadre des tests de situation visés – n'est pas *ipso facto* considérée comme illicite dans la doctrine³. Le juge part pour ainsi dire du principe de la licéité de tels enregistrements ou extraits et apprécie ensuite le mode d'obtention. À cet égard, les éléments suivants peuvent être pris en considération :

- le caractère secret de l'enregistrement ;
- l'existence d'un litige entre les parties concernées au moment de la conversation ;
- la présence/l'absence de provocation (la discrimination ne peut être ni confirmée, ni renforcée suite aux actes de la personne qui réalise le test) ;
- la possibilité (ou l'impossibilité) d'apporter autrement la preuve de l'infraction alléguée.

9. La simple confirmation de la recevabilité des résultats d'un test de situation en tant qu'élément de preuve civile ne porte en soi pas préjudice à l'appréciation souveraine du juge. Il incombe dès lors au juge, et non à l'Autorité, d'apprécier dans chaque cas concret la licéité des éléments avancés (incluant la licéité du traitement de données à caractère personnel qui a éventuellement eu lieu).

**PAR CES MOTIFS,
l'Autorité**

n'a pas de remarques quant à la proposition de loi *visant à permettre des tests de situation en vue de lutter contre toutes formes de discriminations*.



Alexandra Jaspar
Directrice du Centre de Connaissances



³ Étant toutefois entendu qu'il doit s'agir de l'enregistrement de (télé)communications privées auxquelles la personne concernée participe elle-même.



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 volgende 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°, luidende:
"4° 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 zou maken."

6. Zoals blijkt uit de toelichting bij het Ontwerp en de respectieve antidiscriminatiewetten kunnen voor deze praktijktests zowel de patroonmethode als de eliminatiemethode 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 eliminatiemethode 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 verschillende 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.

Advis 32/2021 - 5/5

**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.*



Alexandra Jaspar
Directeur van het Kenniscentrum

