

**Avis n° 52/2017 du 20 septembre 2017**

Objet : avant-projet de loi modifiant le code pénal social (CO-A-2017-053)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après la « Commission ») ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après la « LVP »), en particulier l'article 29 ;

Vu la demande d'avis du Ministre du Travail, reçue le 24 juillet 2017 ;

Vu le rapport de Madame Mireille Salmon ;

Émet, le 20 septembre 2017, l'avis suivant :

Remarque préliminaire

La Commission attire l'attention sur le fait qu'une nouvelle réglementation européenne relative à la protection des données à caractère personnel a été promulguée récemment : le Règlement 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 la Directive Police et Justice. Ces textes ont été publiés au journal officiel de l'Union européenne le 4 mai 2016¹.

Le Règlement, couramment appelé RGPD (Règlement Général sur la Protection des Données), est entré en vigueur vingt jours après sa publication, soit le 24 mai 2016, et sera automatiquement d'application deux ans plus tard, soit le 25 mai 2018. La Directive Police et Justice doit être transposée dans la législation nationale au plus tard le 6 mai 2018.

Pour le Règlement, cela signifie qu'à partir du 24 mai 2016 et pendant le délai de deux ans de mise en application, les États membres ont d'une part une obligation positive de prendre toutes les dispositions d'exécution nécessaires, et d'autre part une obligation négative, appelée « devoir d'abstention ». Cette dernière obligation implique l'interdiction de promulguer une législation nationale qui compromettrait gravement le résultat visé par le Règlement. Des principes similaires s'appliquent également pour la Directive.

Il est dès lors recommandé d'anticiper éventuellement dès à présent ces textes. Et c'est en premier lieu au(x) demandeur(s) d'avis qu'il incombe d'en tenir compte dans ses (leurs) propositions ou projets. Dans le présent avis, la Commission a d'ores et déjà veillé, dans la mesure du possible et sous réserve d'éventuels points de vue complémentaires ultérieurs, au respect de l'obligation négative précitée.

¹ 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)

Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC>

A. Objet et contexte de la demande

1. Le Ministre du Travail (ci-après le « demandeur ») soumet à l'avis de la Commission un avant-projet de loi *modifiant le code pénal social* (ci-après l'« avant-projet »).
2. Suivant le résumé de l'avant-projet, celui-ci vise à modifier le Code pénal social en vue de donner aux inspecteurs sociaux le pouvoir de procéder dans le respect de certaines conditions et dans le cadre de la surveillance de la législation anti-discrimination à la méthode dite « mystery calls/shopping » visant à rassembler des faits permettant de prouver l'existence d'une infraction en matière de discrimination au travail en raison d'informations livrées ou qui ressortent de la manière de s'exprimer ou en réponse à des questions qui ont été posées..
3. L'avant-projet a en d'autres termes pour objet d'octroyer aux inspecteurs sociaux la compétence particulière de se présenter comme des travailleurs (potentiels) en matière de recherche et de constatation des infractions « discriminatoires » sur le lieu du travail afin de faciliter la preuve de la commission de telles infractions. La technique du mystery shopping pourra être utilisée pour examiner une pratique déterminée au sein d'un même secteur ou des pratiques d'un employeur déterminé.

B. Examen de l'avant-projet

B.1. Structure et portée de l'avant-projet

4. L'avant-projet insère une section 2/1 intitulée « Les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination » dans le Livre 1^{er}, Titre 2, Chapitre 2 du Code pénal social consacré aux pouvoirs des inspecteurs sociaux (article 2 de l'avant-projet). Dans cette nouvelle section est inséré un article 42/1 intitulé « Les pouvoirs particuliers en matière de discrimination » qui détaille le nouveau pouvoir (article 3). Cet article est libellé comme suit : « *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, les inspecteurs sociaux ont la compétence en présence d'indications objectives de discrimination 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, est ou aurait été commise. Sont exemptés de peine, les inspecteurs sociaux qui commettent dans ce cadre des infractions absolument nécessaires. La ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction Criminelle. Ce pouvoir peut uniquement être exercé s'il est nécessaire pour l'exercice de la surveillance de pouvoir constater les*

circonstances réelles valables pour les clients habituels, les clients potentiels, les travailleurs ou les travailleurs potentiels ».

Une exemption à l'obligation prévue à l'article 20 du Code pénal social de présenter leur titre de légitimation dans le chef des inspecteurs sociaux est enfin prévue lorsqu'ils agissent dans ce cadre (article 4).

5. La Commission constate que l'avant-projet introduit essentiellement une nouvelle méthode de collecte des données pour les inspecteurs sociaux. Elle s'inscrit à ce titre dans le chapitre consacré aux pouvoirs des inspecteurs sociaux qui prévoit notamment leurs pouvoirs d'investigation et de surveillance et la possibilité qu'ils ont de collecter de l'information, à savoir procéder à tout examen, contrôle et audition et recueillir toutes les informations qu'ils estiment nécessaires pour s'assurer que les dispositions de la législation dont ils exercent la surveillance, sont effectivement observées².
6. La Commission constate d'emblée l'utilisation du pluriel dans l'intitulé de la nouvelle section et de l'article en projet³ alors qu'il est question de l'octroi d'un seul nouveau pouvoir particulier en matière de discrimination. Elle invite le demandeur à revoir sa copie à cet égard.
7. La Commission note par ailleurs que le demandeur s'est largement inspiré des articles XV.3/1 et XV.17 du Code de droit économique qui prévoient la possibilité pour les agents de l'inspection économique de recourir à la technique du mystery shopping pour rechercher et constater certaines infractions au Code de droit économique et de ses arrêtés d'exécution. Comme le précise l'exposé des motifs, des conditions strictes prévues par les articles précités entourent cette prérogative. Il a également puisé dans l'article 87 quinquies de loi du 2 août 2002 *relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers*⁴ qui permet à l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA) ou à des tiers mandatés par celle-ci de recourir au mystery shopping.
8. La Commission va examiner si les principes de la loi vie privée sont respectés quant à la possibilité de recourir à la technique du mystery shopping dans le chef des inspecteurs sociaux et quelles sont les principales règles de protection des données applicables.

² Articles 23 et suivants du Code pénal social.

³ Uniquement dans la version française en ce qui concerne l'intitulé de l'article.

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

B.2. Application de la LVP à la technique d'enquête du mystery shopping

B.2.1. Traitements de données à caractère personnel

9. D'après l'exposé des motifs, le mystery shopping⁵ – qui va permettre aux inspecteurs sociaux de se présenter comme des travailleurs (potentiels) – vise en l'espèce à rassembler des faits permettant de prouver l'existence d'une infraction en matière de discrimination au travail en raison d'informations livrées ou qui ressortent de la manière de s'exprimer ou en réponse à des questions qui ont été posées. La Commission constate qu'il s'agit d'une nouvelle méthode spécifique de recueil d'informations qui implique potentiellement dans le chef des inspecteurs sociaux un traitement de données à caractère personnel.
10. Comme l'explique l'exposé des motifs, si à la suite de l'exercice de ce pouvoir, il s'avère qu'il y a infraction à une des trois lois anti-discrimination, l'inspecteur pourra en vertu de son pouvoir d'appréciation prévu à l'article 21 du Code pénal social, choisir de mettre en œuvre une action plus générale ou des mesures plus ciblées, voire de dresser un procès-verbal.
11. La Commission relève que le pouvoir d'appréciation permet aux inspecteurs sociaux de fournir des renseignements et des conseils, de donner des avertissements, de fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle, d'exercer leurs pouvoirs d'investigation et de surveillance ou de dresser des procès-verbaux constatant les infractions aux dispositions dont ils sont chargés de surveiller le respect⁶.
12. La Commission note également que, suivant l'article 64 du Code pénal social, les mentions des procès-verbaux constatant une infraction comportent notamment l'identité de l'auteur présumé et des personnes intéressées. Le procès-verbal constatant une infraction est transmis au ministère public et un exemplaire est transmis à l'administration compétente habilitée à infliger les amendes administratives. Une copie en est communiquée à l'auteur présumé de l'infraction ainsi que, le cas échéant, à son employeur.
13. La méthode du mystery shopping suppose dès lors la collecte, l'enregistrement, la conservation et l'utilisation des données à caractère personnel du contrevenant dans la plupart des cas à l'aide de moyens automatisés.

⁵ Le mystery shopping est aussi appelé test de situation, test pratique ou mystery call (appel mystère, dans le cas d'appels téléphoniques).

⁶ Ce pouvoir d'appréciation déroge à l'obligation légale de dénonciation pour les fonctionnaires, des crimes et délits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions, prévue à l'article 29 du Code d'instruction criminelle (M. Morsa, *Les inspections sociales en mouvement*, Larcier, 2011, p. 197 et s.).

14. La Commission rappelle que les procès-verbaux dressés par les services d'inspection sociale du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale font en l'occurrence l'objet d'un procès-verbal électronique (e-PV) repris dans la banque de données e-PV. De même, la banque de données Ginaa du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale contient des données à propos de toute personne suspectée d'être (co-)auteur d'une infraction, toute personne à qui une amende administrative peut être infligée et tout travailleur ou personne qui est concerné ou considéré comme étant concerné par une infraction. Ces banques de données font l'objet d'un encadrement spécifique⁷ sur lequel la Commission a eu l'occasion de se prononcer⁸. Cet encadrement règle la création, la responsabilité du traitement, la finalité, les données traitées et l'accessibilité de ces banques de données.

B.2.2. Légitimité des traitements et proportionnalité des données traitées

15. Les données à caractère personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités.
16. La Commission note à cet égard que le Code pénal social dispose expressément que les inspecteurs sociaux doivent veiller au respect du principe de finalité et au principe de proportionnalité⁹. Ils sont ainsi tenus d'exercer leurs pouvoirs en vue de la surveillance du respect des dispositions dont ils sont chargés de surveiller le respect et de veiller à ce que les moyens qu'ils utilisent soient appropriés et nécessaires pour cette surveillance.
17. En l'espèce, la finalité spécifique de la technique du mystery shopping en matière de discrimination au travail est explicitement mentionnée dans l'avant-projet (à l'instar des dispositions équivalentes du Code de droit économique) : il s'agit de « rechercher et de constater les infractions relatives à la législation anti-discrimination et à ses arrêtés d'exécution » et dans ce cadre de « vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a, est ou aurait été commise ». L'exposé des motifs précise que le mystery shopping pourra être mis en œuvre dans le cadre du contrôle du respect des trois lois anti-discrimination, à savoir la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination*¹⁰, la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter*

⁷ Articles 110/1 et suivants du Code pénal social.

⁸ Avis n° 05/2012 du 8 février 2012,

https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_05_2012_0.pdf.

⁹ Articles 18 et 19 du Code pénal social.

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

contre la discrimination entre les femmes et les hommes¹¹ et la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie¹², et de leurs arrêtés d'exécution.

18. Vu l'objectif poursuivi par le demandeur et étant donné qu'il s'agit d'un nouveau pouvoir d'enquête spécifique faisant l'objet de règles particulières, la Commission le prie de spécifier dans le texte de l'avant-projet que la finalité de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation anti-discrimination concerne uniquement le domaine des relations de travail. Cette précision doit également figurer dans l'intitulé de la section et de l'article que l'avant-projet veut introduire dans le Code pénal social.
19. La Commission rappelle que cette technique ne peut dès lors être utilisée que dans le cadre de cette finalité bien spécifique et non pas en vue de la surveillance du respect d'autres dispositions dont les inspecteurs sociaux sont chargés.
20. La Commission constate qu'il est fait référence de manière générale dans le texte de l'avant-projet à la législation anti-discrimination, sans renvoi vers les lois spécifiquement concernées. Elle conçoit que cette législation pourrait être complétée à l'avenir dans un sens favorable à la lutte contre la discrimination au travail.
21. Cela dit, la Commission considère que la mesure ne pourrait être mise en œuvre que concernant les infractions à la législation anti-discrimination sur le lieu du travail les plus graves et pas pour des infractions possibles de peines mineures. Elle prie donc le demandeur de spécifier les infractions concernées. La Commission souhaite souligner que la technique du mystery shopping est une forme d'infiltration (soit dans le monde réel, soit dans le monde virtuel, aussi appelée « infiltration light », soit une combinaison des deux). C'est une méthode de recherche secrète dans laquelle le fonctionnaire est autorisé en vertu de la loi à « mentir consciemment ». Dans la procédure pénale de droit commun, une infiltration réelle par un fonctionnaire de police est seulement possible quand il y a des indices sérieux qu'il est question d'infractions dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ou des crimes ou des délits visés à l'article 90ter, §§ 2 à 4 du code d'instruction criminelle (c'est-à-dire ce qu'on appelle la « liste des écoutes ») (cf. article 47 octies, § 1 du code d'instruction criminelle). Une infiltration light ou interaction sur internet par la police (cf. article 46 sexies du code d'instruction criminelle) requiert au moins une infraction punissable d'un an d'emprisonnement. Dans le système envisagé, il peut manifestement s'agir aussi bien d'une forme virtuelle que réelle de mystery shopping ou d'une combinaison des deux.

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

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

22. Le principe de proportionnalité est également spécifié dans l'avant-projet qui précise – à l'instar des dispositions équivalentes du Code de droit économique – que « [le pouvoir du mystery shopping] peut uniquement être exercé s'il est nécessaire pour l'exercice de la surveillance de pouvoir constater les circonstances réelles valables pour les clients habituels, les clients potentiels, les travailleurs ou les travailleurs potentiels ».
23. Suivant l'exposé des motifs, cette stipulation constitue également une application du principe de subsidiarité. Ainsi ce nouveau pouvoir pourra uniquement être exercé non seulement s'il est nécessaire au but poursuivi mais également si ce but ne peut pas être obtenu avec l'exercice d'autres pouvoirs des inspecteurs sociaux. Une même explication ressort des travaux préparatoires ayant conduit à l'adoption de l'article XV.3/1 du Code de droit économique qui contient une disposition similaire¹³.
24. La Commission estime que le caractère subsidiaire de la mesure pourrait être formulé de manière plus claire dans le texte de l'avant-projet. La Commission propose dès lors d'ajouter la mention complémentaire suivante : « et s'il n'est pas possible de les constater au moyen d'un autre pouvoir ».
25. La Commission ne voit pas directement pourquoi il est nécessaire pour les inspecteurs sociaux de se présenter comme des clients ou des clients potentiels et ainsi de constater les circonstances réelles valables en ce qui concerne les clients habituels ou potentiels pour l'exercice de la surveillance de la discrimination au travail. Elle souhaite que la pertinence de cette référence aux clients (habituels) ou potentiels soit motivée spécifiquement dans l'exposé des motifs ou qu'elle soit supprimée.
26. La Commission note positivement que les mentions notamment à caractère personnel qui peuvent figurer dans les procès-verbaux sont décrites directement dans le texte de la loi, à l'article 64 du Code pénal social.
27. S'agissant de la légitimité du traitement, la Commission remarque que le Conseil d'Etat a énoncé à propos de la technique du mystery shopping ce qui suit : « *La recherche et l'administration des preuves doit se faire selon des procédés corrects et loyaux et dans le respect du domicile (article 15 de la Constitution), de la vie privée et familiale (article 22 de la Constitution), du secret des lettres (article 29 de la Constitution), et du secret professionnel (article 458 du Code pénal). Une question aussi délicate, et qui met en cause des principes constitutionnels, ne peut être abandonnée à la compétence du Roi mais doit être réglée, à tout le moins quant aux principes*

¹³ Doc. parl. Chambre, 2015-2016, n° 1861/001, <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/54/1861/54K1861001.pdf>.

*essentiels, par le législateur lui-même, à qui il appartient de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (article 10 et 11 de la Constitution) et les autres droits et libertés fondamentales, et de veiller ainsi à ce que les "tests de situation" ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux »*¹⁴.

28. Le traitement porte sur des données dites judiciaires au sens de l'article 8 de la LVP qui font l'objet d'un régime de légitimité du traitement très strict. Un tel traitement est permis en l'occurrence lorsqu'il est nécessaire à la réalisation de finalités fixées par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance (article 8, § 2, b) de la LVP).
29. La norme législative concernée doit être suffisamment précise, correspondre à un besoin social impérieux et proportionné à l'objectif légitime poursuivi¹⁵.
30. En l'espèce, l'exposé des motifs s'appuie sur des auditions relatives à la discrimination sur le marché de l'emploi auxquelles la Commission des affaires sociales de la Chambre a procédé en date du 4 mars 2015 selon lesquelles le point faible dans le chef des services d'inspection se situe au niveau de la charge de la preuve du comportement discriminatoire¹⁶.
31. La Commission prend acte de ces explications et note qu'UNIA a émis une recommandation de créer un cadre légal pour les tests de situation organisés par l'inspection du travail¹⁷. Dans ce document, UNIA fait état du peu de résultat engrangé par l'inspection Contrôle des lois sociales face à la problématique de la discrimination. Elle explique que la difficulté de prouver une discrimination, même après un contrôle d'inspection, découle du fait que les employeurs veillent à n'indiquer aucun critère discriminatoire par écrit (dans les bases de données, les documents internes ou les e-mails) et que la marge d'appréciation large dans les décisions de sélection relatives aux relations de travail permet de dissimuler des critères de choix discriminatoires derrière la multiplicité de ces facteurs.
32. Cela étant, la Commission considère que le pouvoir de recourir au mystery shopping ne peut être exercé sans contrôle à priori par une autorité indépendante, le contrôle à posteriori n'étant par ailleurs pas garanti du fait du pouvoir d'appréciation des inspecteurs sociaux. La méthode du mystery shopping s'apparente en effet, comme déjà indiqué (cf. point 21), à une infiltration et il

¹⁴ Avis 32.967/2 de la Section de législation du Conseil d'Etat, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/32967.pdf>

¹⁵ La Commission renvoie ici à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (cf. son avis n° 23/2008 du 11 juin 2008 relatif à l'avant-projet de loi portant création de la source authentique des données relatives aux véhicules, https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_23_2008_1.pdf, notamment le point 54).

¹⁶ Ch., Comm. Aff. soc., CRIIV, 54 com 104, <https://www.dekamer.be/doc/CCRII/pdf/54/1c104.pdf>.

¹⁷ Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail, recommandation n° 165 du 31 mars 2017, http://unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/FED_FR - 165 - Recherche_et_contr%C3%B4le_par_les_services_d'inspection_du_travail.pdf.

peut même, en l'état actuel de l'avant-projet, y être recouru pour des infractions de gravité moindre¹⁸. En l'espèce, la Commission recommande de prévoir le contrôle à priori de la mesure par un magistrat de l'auditorat du travail ou dans le cadre d'une instruction, le juge d'instruction.

33. La Commission relève par ailleurs que la technique revêt à juste titre un caractère accessoire dès lors que le texte de l'avant-projet précise qu'elle ne peut intervenir qu'en présence d'indications objectives de discrimination.
34. La Commission constate que l'exposé des motifs mentionne que « si la technique aboutit à la conclusion de l'existence d'indices d'une pratique douteuse ou d'une infraction avérée, l'inspecteur disposera alors d'un élément de base lui permettant de mettre en œuvre une action plus générale ou des mesures plus ciblées, voire de dresser un procès-verbal ». Cette assertion est en contradiction avec la caractére accessoire de la mesure dès lors qu'elle donne l'impression que la technique du mystery shopping peut être utilisée pour obtenir des indices préalables alors qu'elle ne peut être utilisée qu'en présence d'indices préalables. L'exposé des motifs doit être corrigé sur ce point.
35. La Commission prend enfin note des dispositions de l'avant-projet selon lesquelles les inspecteurs sociaux qui commettraient des infractions absolument nécessaires dans le cadre du recours à la technique du mystery shopping sont exemptés de peine et que les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.
36. Elle s'étonne que les infractions absolument nécessaires que les inspections sociaux peuvent commettre ne soient pas précisées. Dès lors qu'il s'agit essentiellement de pouvoir par exemple porter publiquement un faux nom ou commettre un faux en écritures, la Commission prie le demandeur de lister les infractions visées. Le magistrat de l'auditorat du travail doit à tout le moins se voir attribuer un réel pouvoir de lister dans une autorisation les infractions que les inspecteurs sociaux peuvent commettre et donc élaborer un système similaire à celui qui vaut pour l'observation ou l'infiltration par la police, dans lequel le magistrat du parquet ou le juge d'instruction doit également autoriser ces infractions, en principe préalablement au déclenchement de la méthode particulière de recherche. L'avant-projet ne prévoit pas davantage une durée de la mesure, ce qui va plus loin que la mesure d'observation ou d'infiltration qui est limitée dans le temps (3 mois pour une interaction sur internet, observation ou infiltration, il est vrai prolongeable). Dans le système envisagé, les mesures proposées peuvent apparemment être appliquées de manière illimitée dans le temps, ce qui n'est pas proportionnel.

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

B.2.3. Responsabilité du traitement

37. Suivant le texte de l'avant-projet, la technique du mystery shopping sera mise en œuvre par les inspecteurs sociaux, à savoir les fonctionnaires qui relèvent de l'autorité des ministres ayant dans leurs attributions l'emploi et le travail, la sécurité sociale, les affaires sociales et la santé publique, ou qui relèvent des institutions publiques qui en dépendent, et qui sont chargés de surveiller le respect des dispositions du Code pénal social, des lois visées au Livre II de ce Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect, ainsi que de surveiller le respect des dispositions des arrêtés d'exécution du Code pénal social et des lois précitées¹⁹. La Commission remarque qu'il est question d'un vaste panel de personnes et de domaines de compétence.
38. Or, la Commission constate que les attachés, experts techniques et conseillers chargés du contrôle au sein de la Direction générale Contrôle des Lois sociales du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, sont chargés du respect des lois anti-discrimination dans le domaine des relations du travail, conformément aux dispositions ad hoc de ces lois²⁰ et aux arrêtés royaux d'exécution du 24 octobre 2008²¹. L'exposé des motifs confirme à cet égard que le mystery shopping sera mis en œuvre par les fonctionnaires désignés par ces arrêtés royaux.
39. Vu qu'il s'agit d'un nouveau pouvoir d'enquête spécifique, le demandeur doit être plus précis dans le texte de l'avant-projet sur la qualité des inspecteurs sociaux qui pourront recourir à cette technique.
40. Aussi, la Commission note que le courrier accompagnant la demande d'avis mentionne ce qui suit [traduction libre] : « les appels doivent provenir d'un inspecteur social, pas de tiers ; à tout le moins l'inspection doit organiser et encadrer les appels (conditions, forme, procédure) sur base de critères et d'une analyse de risques mais les appels mêmes peuvent être organisés par des tiers ».
41. Nonobstant le caractère contradictoire des deux affirmations de cette phrase, la Commission considère que la possibilité de recourir à des tiers – qui ne se trouve nullement dans le texte ou

¹⁹ Article 16, 1^o du Code pénal social.

²⁰ Article 34 de la loi du 30 juillet 1981 *tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie*, article 38, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes* et article 32, § 1^{er} de la loi du 10 mai 2007 *tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de ses arrêtés d'exécution*.

²¹ Il s'agit plus précisément de l'arrêté royal *désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et de ses arrêtés d'exécution*, de l'arrêté royal *désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de ses arrêtés d'exécution* et de l'arrêté royal *désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de ses arrêtés d'exécution*.

même l'exposé des motifs de l'avant-projet – est incompatible avec le caractère spécifique de cette nouvelle technique d'enquête et des prérogatives qui y sont associées.

42. La Commission souligne par ailleurs que les inspecteurs sociaux sont soumis à un certain nombre de devoirs²². Ils doivent ainsi prendre les mesures nécessaires afin de garantir la confidentialité des données sociales à caractère personnel. Ils sont également soumis à un devoir de discrétion, à une obligation d'intégrité et au respect de règles déontologiques, sans préjudice de la communication des renseignements recueillis lors de leur enquête aux services compétents.
43. La Commission note enfin que la responsabilité des banques de données e-PV et Ginaa est réglée – conformément à l'article 1, § 4, alinéa 2 de la LVP – aux articles 100/6, alinéa 2 et 100/11, alinéa 1^{er} du Code pénal social.

B.2.4. Information et droit d'accès de la personne concernée

44. Dans le cadre de la LVP, l'information est un principe important qui doit notamment permettre de garantir un traitement transparent et loyal. Étant donné que dans le présent contexte, il s'agit du traitement de données sensibles dites judiciaires au sens de l'article 8 de la LVP, cette information est encore plus pertinente.
45. La personne concernée doit également pouvoir exercer son droit d'accès aux données auprès du responsable du traitement.
46. La Commission note cependant que l'arrêté royal du 11 mars 2015 portant exécution de l'article 3, § 5, 3^o de la LVP stipule que les articles 9 (devoir d'information) 10, § 1^{er} (droit d'accès) et 12 (droit de rectification-suppression-opposition) de la LVP ne sont pas applicables notamment aux inspecteurs sociaux et aux fonctionnaires du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale dans le cadre de leurs missions de police administrative visées dans le Livre 1^{er}, Titre 2 e et Titre 4, Chapitre 3 du Code pénal social. Cet exemption s'applique dans le cadre de l'exercice de leurs pouvoirs d'investigation et de surveillance et de la poursuite administrative des infractions²³.
47. La Commission rappelle que les personnes concernées disposent alors d'un droit d'accès indirect aux données traitées par son intermédiaire, conformément à l'article 13 de la LVP.

²² Articles 58 à 61 du Code pénal social.

²³ Une telle exemption existe également en ce qui concerne les traitements de données à caractère personnel gérés par des autorités publiques en vue de l'exercice de leurs missions de police judiciaire, conformément à l'article 3, § 5, 1^o de la LVP.

48. Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure d'amende administrative, la personne concernée a accès à son dossier dans Ginaa et donc à ses données.
49. La Commission prend enfin acte de l'exemption qui est faite à l'obligation pour les inspecteurs sociaux de présenter leur titre de légitimation dans le cadre de la mesure particulière introduite. Vu la nature de cette mesure, une telle exemption est logique dès lors que la légitimation préalable est antinomique avec la finalité poursuivie par le demandeur de recherche et constatations des infractions aux infractions à la législation anti-discrimination dans le domaine des relations de travail.

B.2.5. Conservation des données

50. La Commission rappelle que suivant l'article 4, § 1^{er}, 5^o de la LVP, les données à caractère personnel ne peuvent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées que pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.
51. S'agissant de la tenue de dossiers administratifs, la Commission rappelle qu'il convient de faire une distinction entre différents modes de conservation. Le traitement d'un dossier pendant requiert une conservation de données de manière telle que celles-ci soient disponibles et accessibles normalement pour les fonctionnaires chargés de la gestion du dossier. Dès qu'un dossier peut être archivé, il faut opter pour un mode de conservation ne conférant aux données qu'une disponibilité et une accessibilité limitées. Un tel mode de conservation doit permettre de répondre à d'autres finalités éventuelles de cette conservation, comme le respect des dispositions légales en matière de prescription ou l'exécution d'un contrôle administratif. Lorsque la conservation n'est plus utile, les données ne doivent plus être conservées.
52. La Commission relève que les banques de données e-PV et Ginaa ne font pas l'objet de règles de conservation précisées ou maximales et il est dès lors renvoyé au principe général de la LVP.

B.2.6. Mesures de sécurité

53. Etant donné que la technique du mystery shopping va conduire à la collecte et partant à la conservation de données à caractère personnel, il importe de souligner l'importance de la prise de mesures de sécurité techniques et organisationnelles adéquates, au vu notamment de la sensibilité des données traitées présentant un caractère dit judiciaire au sens de l'article 8 de la LVP.

54. La Commission attire l'attention sur les dispositions de l'article 16 de la LVP et s'agissant de données de nature judiciaire sur celles de l'article 25 de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP. Elle se réfère également aux recommandation, mesures de référence et lignes directrices qu'elle a émises en la matière²⁴.
55. La Commission fait remarquer qu'il est fondamental que les principes de sécurité susmentionnés soient pris en considération dans la pratique. Ainsi les données recueillies dans le cadre de la surveillance des dispositions dont les inspecteurs sociaux assurent le respect, doivent – entre autres mesures – être clairement séparées des autres données collectées dans le cadre d'autres finalités, accessibles uniquement aux agents concernés et cet accès devra faire l'objet d'un logging.

PAR CES MOTIFS,

La Commission

émet un avis favorable sur l'avant-projet à condition qu'il soit tenu compte de ses remarques résumées ci-dessous :

- Le pouvoir de recourir au mystery shopping ne peut être exercé sans contrôle à priori par une autorité indépendante. Il faut prévoir le contrôle à priori de la mesure par un magistrat de l'auditorat du travail ou un juge d'instruction et ceci dans un système similaire à celui qui vaut pour les fonctionnaires de police dans la procédure pénale de droit commun (point 32).
- Il est nécessaire de spécifier la gravité des infractions pour lesquelles les inspecteurs sociaux peuvent recourir à la technique du mystery shopping de même que limiter la mesure dans le temps (point 21).
- Le demandeur doit lister les infractions absolument nécessaires commises par les inspecteurs sociaux dans le cadre du mystery shopping qui sont exemptées de peine ou à tout le moins prévoir un système d'autorisation où un magistrat de l'auditorat du travail ou un juge d'instruction liste ces infractions (point 36).
- L'intitulé de la nouvelle section (et aussi de l'article en projet pour la version en français) utilise le pluriel pour parler de « pouvoirs particuliers des inspecteurs sociaux en matière de discrimination » alors qu'il est question de l'octroi d'un seul nouveau pouvoir particulier en matière de discrimination (point 6).
- Le texte de l'avant-projet ne précise pas que la mesure concerne uniquement le domaine des relations de travail, alors qu'il s'agit de l'objectif poursuivi par le demandeur et qu'il s'agit d'un nouveau pouvoir d'enquête spécifique qui doit être précisément circonscrit (point 18).

²⁴ <https://www.privacycommission.be/fr/securite-information>.

- Le caractère subsidiaire de la mesure qui est annoncé dans l'exposé des motifs ne ressort pas clairement dans le texte de l'avant-projet. La Commission propose dès lors d'ajouter la mention complémentaire suivante à la fin de l'alinéa 1^{er} de l'article 42/1 du Code pénal social en projet : « et s'il n'est pas possible de les constater au moyen d'un autre pouvoir » après les mots « travailleurs potentiels » (point 24).
- Il est question dans le texte de l'avant-projet que les inspecteurs sociaux puissent se présenter comme des clients ou des clients potentiels et ainsi constater les circonstances réelles valables en ce qui concerne les clients habituels ou potentiels pour l'exercice de la surveillance de la discrimination au travail. La Commission souhaite que la pertinence de cette référence aux clients (habituels) ou potentiels soit motivée spécifiquement dans l'exposé des motifs ou qu'elle soit supprimée (point 25).
- L'exposé des motifs laisse entendre que la technique du mystery shopping peut être utilisée pour obtenir des indices préalables, ce qui est en contradiction avec le caractère accessoire de la mesure qui ne peut être utilisée qu'en présence d'indices préalables (point 34).
- L'exposé des motifs précise que le mystery shopping sera mis en œuvre par les inspecteurs sociaux du Contrôle des Lois sociales. Cela ne ressort pas du texte de l'avant-projet qui vise l'ensemble des inspecteurs sociaux. Vu qu'il s'agit d'un nouveau pouvoir d'enquête spécifique, il faut être plus précis dans le texte de l'avant-projet sur la qualité des inspecteurs sociaux qui pourront recourir à cette technique (point 39).
- Le courrier qui accompagne la demande d'avis laisse entendre qu'il y aurait une possibilité de recourir à des tiers pour la mise en œuvre de la mesure. La Commission considère que cette possibilité de recourir à des tiers – qui ne se trouve ni dans le texte ni dans l'exposé des motifs de l'avant-projet – est incompatible avec le caractère spécifique de cette nouvelle technique d'enquête et des prérogatives qui y sont associées (point 41).

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere