

# DISCRIMINATIE OP DE WERKVLOER

**Waarom het monitoren van culturele diversiteit in uw Europese personeelsbestand niet in strijd is met de AVG**

Auteur: Prof. Lokke Moerel\*

*Dit is een gastblog van Lokke Moerel, hoogleraar Global ICT Law aan de Universiteit van Tilburg en advocaat bij Morrison & Foerster (Brussel).*

*De gastblog reflecteert alleen de mening van de auteur. Gastblogs geven niet noodzakelijkerwijs de mening van FPF weer.*

**“Er wordt gezegd dat cijfers de wereld regeren. Misschien. Maar ik ben er van overtuigd dat cijfers ons laten zien of er goed of slecht wordt geregeerd.”** – Johann Wolfgang von Goethe

## 1. Inleiding

Het is een bekend feit dat discriminatie nog steeds bestaat op de huidige arbeidsmarkten,<sup>1</sup> ondanks Europese antidiscriminatie- en gelijkheidswetgeving – zoals de richtlijn inzake rassengelijkheid – die praktijken verbiedt die werknemers discrimineren op grond van ras of etnische afkomst.<sup>2</sup> In een markt waar een acute schaarste aan talent heerst,<sup>3</sup> zien we HR-afdelingen worstelen met de vraag hoe ze discriminatie op de werkvloer kunnen wegnemen en een inclusieve cultuur kunnen creëren om een steeds diverser personeelsbestand te kunnen werven en ondersteunen. Veel organisaties hebben inmiddels beleid ingevoerd om *diversiteit, gelijkheid en inclusiviteit* (diversity, equity & inclusion, **DEI**) in hun organisatie te bevorderen en willen daarom ook hun DEI inspanningen kunnen monitoren en evalueren.

---

\*Lokke Moerel dankt Annabel Gillham, partner bij Morrison & Foerster in Londen, voor haar waardevolle bijdrage aan een eerdere versie van dit artikel.

<sup>1</sup> Voor recente statistieken, zie “Een Unie van gelijkheid: EU-actieplan tegen racisme 2020-2025”, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0565>, blz. 3, waarin wordt verwezen naar een breed scala aan enquêtes uitgevoerd door het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (**FRA**) die wijzen op hoge niveaus van discriminatie, met het hoogste niveau op de arbeidsmarkt (29%), zowel bij het zoeken naar werk als op het werk.

<sup>2</sup> Zie met name Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (“**richtlijn rassengelijkheid**”), *Publicatieblad Nr. L 180 van 19/07/2000* blz. 0022 - 0026. Maatregelen ter bestrijding van discriminatie en andere vormen van onverdraagzaamheid op Europees niveau berusten op een gevestigd EU-rechtskader, dat gebaseerd is op een aantal bepalingen van de Europese Verdragen (de artikelen 2 en 9 van het Verdrag van de Europese Unie (**VEU**), artikel 19 en artikel 67 lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (**VWEU**), en de algemene beginselen van non-discriminatie en gelijkheid, die ook in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens zijn vastgelegd (met name de artikelen 20 en 21).

<sup>3</sup> WEF, *Jobs of Tomorrow, Mapping Opportunity in the New Economy*, jan. 2020 (“**WEF-rapport**”), [WEF\\_Jobs\\_of\\_Tomorrow\\_2020.pdf](https://www.weforum.org/publications/2020/01/jobs-of-tomorrow-mapping-opportunity-in-the-new-economy/) (weforum.org). Zie ook hier.

Zonder behoorlijke monitoring kunnen DEI inspanningen wel eens zinloos of zelfs contraproductief zijn.<sup>4</sup> Om een simpel voorbeeld te geven: informeel mentorschap is een belangrijke factor voor interne promoties, en informeel mentorschap is minder beschikbaar voor vrouwen en minderheden.<sup>5</sup> Organisaties die een formeel intern mentorprogramma opzetten om dit gebrek aan evenwicht aan te pakken, willen graag monitoren of het programma zijn doel bereikt om gelijkheid te bevorderen en minderheden aantrekt. Zo niet, dan kan het programma onbedoeld bestaande ongelijkheden juist vergroten. Er is dus monitoring nodig om na te gaan of het mentorschap inderdaad leidt tot meer gelijke promoties onder het personeel of dat het programma moet worden aangepast.

---

De cruciale vraag die corporate leiders moeten stellen is deze: Willen we echt wachten tot we voor de rechter zijn gesleept om er dan achter te komen dat ons DEI staat van dienst problematisch is?

Harvard Business Review, Juli 2022

---

Organisaties aarzelen om dergelijk beleid in de Europese Unie (EU) te monitoren op basis van de hardnekkige mythe dat de Europese Algemene Verordening Gegevensbescherming 2016/679 (AVG) dit zou verbieden. Dit artikel laat zien dat het eigenlijk andersom is. Waar discriminatie, gebrek aan gelijke kansen of loonongelijkheid op de werkplek alomtegenwoordig is, is het monitoren van DEI-gegevens een eerste vereiste voor werkgevers om te kunnen voldoen aan de antidiscriminatie- en gelijkheidswetten voor werknemers, en om zich adequaat te verdedigen tegen eventuele claims.<sup>6</sup>

Om historische redenen<sup>7</sup> wordt het verzamelen van raciale of etnische gegevens in veel EU-lidstaten als bijzonder gevoelig beschouwd. De EU-privacywetgeving voorziet in een speciale regeling voor het

---

<sup>4</sup> Voor een lijst van voorbeelden waarom diversiteitsbeleid kan mislukken: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>. Zie ook Data-Driven Diversity (hbr.org): “Volgens Iris Bohnet van de Harvard Kennedy School besteden Amerikaanse bedrijven ruwweg 8 miljard dollar per jaar aan DEI-training - maar bereiken ze opvallend weinig. Dit is geen nieuw fenomeen: Een invloedrijke studie uit 2006 van Alexandra Kalev, Frank Dobbin en Erin Kelly toonde aan dat veel diversiteitsopleidingen niet of nauwelijks leidden tot een grotere vertegenwoordiging van vrouwen en minderheden in het management.”

<sup>5</sup> Uit onderzoek blijkt dat het ontbreken van sociale netwerken en mentoring en sponsoring een beperkende factor is voor de bevordering van vrouwen, maar dit geldt nog sterker voor culturele diversiteit, door het ontbreken van een “social bridging network”, een netwerk dat verbindingen met andere sociale groepen mogelijk maakt, zie Putnam, R.D. (2007) “E Pluribus Unum: Diversity and Community in the Twenty-first Century,” *Scandinavian Political Studies*, 30 (2), pp. 137-174. Terwijl blanke mannen meestal zelf mentoren zoeken, hebben vrouwen en minderheden vaker hulp nodig van formele programma's. Invoering van formeel mentorschap toont echte resultaten: <https://hbr.org/2016/07/why-diversity-programs-fail>.

<sup>6</sup> Het citaat is van <https://hbr.org/2022/03/data-driven-diversity>.

<sup>7</sup> In het verleden zijn er gevallen geweest van misbruik van door de centrale bureaus voor de statistiek (en anderen) verzamelde gegevens, met uiterst schadelijke gevolgen voor de mensenrechten, zie Luebke, D. & Milton, S. 1994, “Locating the Victim: An Overview of Census-Taking, Tabulation Technology, and Persecution in Nazi Germany”. *IEEE Annals of the History of Computing*, Vol. 16 (3). Zie ook W. Seltzer en M. Anderson, “The dark side of numbers: the role of population data systems in human rights abuses,” *Social Research*, Vol. 68, No. 2 (summer 2001), de auteurs melden dat tijdens de Tweede Wereldoorlog verschillende Europese landen, waaronder Frankrijk, Duitsland, Nederland, Noorwegen, Polen en Roemenië, bevolkingsregistratiesystemen misbruikten om de vervolging van Joden, zigeuners en andere bevolkingsgroepen door de nazi's te ondersteunen. De Joodse bevolking lijdde in Nederland een sterftecijfer van 73 procent. In de Verenigde Staten is het misbruik van bevolkingsgegevens over inheemse Amerikanen en Japanse Amerikanen tijdens de Tweede Wereldoorlog goed gedocumenteerd. In de Sovjet-Unie werden microgegevens (waaronder specifieke namen en adressen) gebruikt om

verzamelen van gevoelige categorieën van gegevens, zoals gegevens over ras of etnische afkomst, handicap en godsdienst, op basis van de onderliggende veronderstelling dat het verzamelen en verwerken van dergelijke gegevens het risico van discriminatie vergroot.

Ras, zoals geslacht, is een kwestie van feit... Etnische gegevens zouden daarom moeten worden gezien als essentiële middelen om raciale gelijkheid te bereiken, omdat het zonder die gegevens moeilijk is om de aard en omvang van ongelijkheid en de gebieden waar actie het hardst nodig is, vast te stellen, alsook vast te stellen of maatregelen om ongelijkheid te verminderen succesvol zijn.

**De UK Commissie voor Raciale Gelijkheid, 2000**

Wanneer ras of etnische afkomst echter “zichtbaar” zijn voor recruiters en managers, kunnen personen uit minderheidsgroepen worden gediscrimineerd *zonder dat* gegevens worden geregistreerd. *Alleen door* de gegevens te registreren kan daarom mogelijke bestaande discriminatie aan het licht komen en kunnen vooroordelen uit de bestaande praktijken worden weggenomen.<sup>8</sup>

Een soortgelijke kwestie komt naar voren bij het gebruik van tools die worden aangestuurd door artificiële intelligentie (AI). We zien vaak in het nieuws dat de inzet van algoritmen tot discriminerende uitkomsten leidt.<sup>9</sup> Als zelflerende algoritmen discrimineren, is dat niet omdat er een fout in het

algoritme zit, maar omdat de gegevens die worden gebruikt om het algoritme te trainen “biased” zijn. Pas als men weet welke individuen tot kwetsbare groepen behoren, kan de bias in de gegevens inzichtelijk worden gemaakt en kunnen algoritmen goed worden getraind.<sup>10</sup> Ook hier is het niet de *registratie* van de gevoelige gegevens die fout is, het zijn de mensen die discrimineren, en de registratie van de gegevens *ontdekt* deze bias. Organisaties moeten zich ervan bewust zijn dat het “eerlijheidsbeginsel” onder de AVG niet kan worden bereikt door rasblindheid. Met andere woorden, **rasblindheid** is niet **rasneutraal**, en **onwetendheid** staat niet gelijk aan **eerlijkheid**. Dat gevoelige gegevens voor deze doeleinden legitiem kunnen worden verzameld op grond van de Europese

---

minderheidsgroepen aan te pakken voor gedwongen migratie en andere mensenrechtenschendingen. In Rwanda werden categorieën van Hutu- en Tutsi-stammen, die in de jaren dertig door het Belgische koloniale bestuur in het registratiesysteem waren ingevoerd, gebruikt om de massamoorden in 1994 te plannen en daarbij te helpen.

<sup>8</sup> Het citaat komt uit de Commission for Racial Equality (2000), Why keep Ethnic Records? Questions and answers for employers and employees (Londen, Commission for Racial Equality).

<sup>9</sup> In de VS bijvoorbeeld bleken “misdadvoorspellingsinstrumenten” etnische minderheden te discrimineren. De politie hield meer etnische minderheden aan en fouilleerde ze, en als gevolg daarvan vertoonde deze groep ook meer veroordelingen. Als je deze gegevens gebruikt om een algoritme te trainen, zal het algoritme deze groep een hogere risicoscore toekennen. Discriminatie door algoritmen is dus een reflectie van discriminatie die al “in het veld” plaatsvindt. <https://www.cnsnews.com/news/article/barbara-hollingsworth/coalition-predictive-policing-supercharges-discrimination>.

<sup>10</sup> Zie L. Moerel, “Algorithms can reduce discrimination, but only with proper data,” Op-ed IAPP Privacy Perspectives, 16 nov. 2018, <https://iapp.org/news/a/algorithms-can-reduce-discrimination-but-only-with-proper-data/>.

wetgeving inzake gegevensbescherming<sup>11</sup> is inmiddels uitdrukkelijk voorzien in de voorgestelde Europese AI verordening.<sup>12</sup>

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de belangengroepen van minderheden die de groepen vertegenwoordigen wier privacy daadwerkelijk op het spel staat, actief pleiten voor een verzameling van DEI-gegevens en monitoring. Ook EU- en internationale instellingen vinden ondubbelzinnig dat het verzamelen van DEI-gegevens onontbeerlijk is voor monitoring- en rapportagedoeleinden om discriminatie te bestrijden. Voorts hebben EU-instellingen expliciet bevestigd dat de AVG niet moet worden beschouwd als een belemmering voor het verzamelen van DEI-gegevens, maar gezien moet worden als de voorwaarde waaronder het verzamelen en verwerken van dergelijke gegevens is toegestaan.

Vanaf 2024 zullen grote ondernemingen in de EU verplicht zijn informatie te verstrekken over de naleving van normen op het gebied van milieu, maatschappij en goed bestuur (*environmental, social and governance*, **ESG**) in het kader van de komende Europese richtlijn duurzaamheidsrapportage door ondernemingen (*de EU Corporate Sustainability Reporting Directive*, **CSRD**). De CSRD vereist dat bedrijven rapporteren over werkelijke of potentiële negatieve effecten op hun werknemers met betrekking tot gelijke behandeling en kansen, die moeilijk te meten zijn zonder DEI-gegevens te verzamelen en te monitoren.

Momenteel wordt het reguleren van de verzameling en verwerking van DEI-gegevens hoofdzakelijk aan de lidstaten overgelaten. De Europese antidiscriminatie- en gelijkheidswetgeving verplicht organisaties niet om DEI-gegevens te verzamelen voor monitoringsdoeleinden, maar verbiedt het verzamelen van dergelijke gegevens evenmin. Bij gebrek aan een specifieke verplichting of verbod, is de verwerking van DEI-gegevens onderworpen aan de AVG. De AVG voorziet in ruime discretionaire bevoegdheden voor de lidstaten om in hun nationale wetgeving rechtsgrondslagen op te nemen voor de verwerking van DEI-gegevens voor monitoringsdoeleinden. In de praktijk hebben de meeste lidstaten echter **geen** gebruik gemaakt van de door de AVG geboden mogelijkheid om in hun nationale wetgeving een specifieke rechtsgrondslag op te nemen voor de verwerking van raciale of etnische gegevens voor monitoringsdoeleinden (behoudens specifieke uitzonderingen).<sup>13</sup> DEI-gegevens voor

---

<sup>11</sup> Zie ook de richtsnoeren van de Information Commissioner (ICO) van het Verenigd Koninkrijk over AI en gegevensbescherming, *Guidance on AI and data protection* | ICO. In eerdere publicaties heb ik betoogd dat de specifieke regeling voor de verwerking van gevoelige gegevens onder de AVG niet langer zinvol is. Het wordt steeds onduidelijker of specifieke gegevenselementen gevoelig zijn. De aandacht moet veeleer uitgaan naar de vraag of het *gebruik* van dergelijke gegevens gevoelig is. De verwerking van raciale en etnische gegevens om discriminatie op de werkplek uit te bannen is een voorbeeld van niet-gevoelig gebruik, mits strikte technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de gegevens niet voor andere doeleinden worden gebruikt. Zie <https://iapp.org/news/a/gdpr-conundrums-processing-special-categories-of-data/> en <https://iapp.org/news/a/11-drafting-flaws-for-the-ec-to-address-in-its-upcoming-gdpr-review/>.

<sup>12</sup> Artikel 10 lid 2 sub 5 van ontwerpwet AI staat toe dat bijzondere categorieën van gegevens worden verzameld ten behoeve van het monitoren van vertekeningen, mits passende waarborgen worden geboden, zoals pseudonimisering.

<sup>13</sup> Een specifieke uitzondering is het Verenigd Koninkrijk, dat lang voor zijn vertrek uit de EU wetgeving heeft vastgesteld voor het verzamelen van raciale en etnische gegevens om te voldoen aan de voorwaarden voor *een zwaarwegend algemeen belang* met het oog op zowel “gelijke kansen of behandeling” en “raciale en etnische diversiteit op hogere niveaus”, en verder criteria heeft vastgesteld voor de verwerking van etnische gegevens voor *statistische doeleinden*, zie Schedule 1 bij de UK Data

monitoringsdoeleinden worden derhalve op voor werknemers vrijwillige basis verzameld en verwerkt, waarbij werknemers wordt gevraagd enquêtes in te vullen op basis van zelfidentificatie. Dit is in overeenstemming met de AVG, die voorziet in een algemene uitzondering die organisaties toestaat DEI-gegevens te verwerken op basis van de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen, *mits de lidstaten deze mogelijkheid niet hebben uitgesloten in hun nationale wetgeving*. In de praktijk hebben de lidstaten **geen** gebruik gemaakt van deze discretionaire bevoegdheid; zij hebben de mogelijkheid voor verwerking van DEI-gegevens op basis van uitdrukkelijke toestemming niet uitgesloten. Hierdoor blijft uitdrukkelijke toestemming een geldige, maar ook de enige praktisch werkbare, optie om DEI-gegevens voor monitoringsdoeleinden te verzamelen.<sup>14</sup> Zowel de mensenrechtenkaders als de AVG zelf faciliteren dergelijke monitoring, mits er waarborgen zijn om de relevante gegevens tegen misbruik te beschermen overeenkomstig de vereisten inzake gegevensminimalisering en *privacy-by-design*.<sup>15</sup> Terecht ontwikkelen zich nu *best practices* voor het monitoren van DEI-gegevens waarbij de impact op de privacy van werknemers wordt beperkt. In de literatuur wordt het verzamelen van raciale of etnische gegevens voor monitoring terecht beschreven als “een problematische noodzaak, een proces dat zelf voortdurend moet worden gemonitord.”<sup>16</sup>

## 2. Naar een positieve plicht tot toezicht op discriminatie op de werkplek

Waar discriminatie op de werkplek alomtegenwoordig is, is het monitoren van DEI-gegevens voor het kwantificeren van discriminatie op die werkplek essentieel voor werkgevers om te kunnen voldoen aan de antidiscriminatie- en gelijkheidswetgeving. Zoals hiervoor aangegeven, bestaat er geen algemene verplichting krachtens de richtlijn rassengelijkheid om DEI-gegevens te verzamelen, te analyseren en te gebruiken. Deze richtlijn voorziet echter wel in een verschuiving van de bewijslast.<sup>17</sup> Wanneer een klager feiten aanvoert die *prima facie* een geval van discriminatie doen vermoeden, is het aan de werkgever om te bewijzen dat het beginsel van gelijke behandeling niet is geschonden. Wanneer discriminatie op de werkplek alomtegenwoordig is, zal een dergelijke klacht makkelijk te onderbouwen zijn, en zal het aan de werkgever zijn om een dergelijke bewering te weerleggen, htgeen lastig zal zijn

---

Protection Act 2018 (overgenomen van zijn voorganger, de Data Protection Act 1998), en de richtsnoeren van de Information Commissioner's Office “Guidance on special category data,” 2018. Schedule 1 voorziet ook in specifieke criteria om aan de vereisten van de voorwaarde voor statistische doeleinden te voldoen. Zie hier. Een andere uitzondering is Nederland, dat een beperkte verwerking van raciale en etnische gegevens toestaat (beperkt tot het geboorteland en het geboorteland van de ouders of grootouders) om redenen van *zwaarwegend algemeen belang*.

<sup>14</sup> In Nederland bijvoorbeeld wordt algemeen aanvaard dat het verzamelen van DEI-gegevens op vrijwillige basis kan plaatsvinden. Zie de Nederlandse Sociaal Economische Raad, “Met en Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid,” Charterdocument, blz. 7-10, dec. 2021. Zie ook het verslag “Het moet wel werken”, blz. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>15</sup> European handbook on equality data (2016) biedt een uitgebreid overzicht van de wijze waarop gegevens over gelijkheid kunnen worden verzameld, <https://op.europa.eu/s/yCrk>; Groep op hoog niveau inzake non-discriminatie, gelijkheid en diversiteit, “Leidraad voor de verzameling en het gebruik van gelijkheidsgegevens op basis van ras of etnische afkomst,” 2021, <https://op.europa.eu/s/yCrP>. Zie ook de in de vorige eindnoot genoemde verslagen.

<sup>16</sup> Bonnett en Carrington 2000, blz. 488.

<sup>17</sup> Artikel 8 van de richtlijn rassengelijkheid.

zonder gegevensverzameling en monitoring. Het argument dat de AVG de verwerking van dergelijke gegevens niet toestaat, ontslaat de werkgever niet van zijn bewijslast. Zie, in soortgelijke zin, *Europees Comité voor Sociale Rechten, European Roma Rights Centre v. Griekenland*<sup>18</sup>:

### Gegevensverzameling

“27. Het Comité merkt op dat de regering, in verband met haar wens om de door de klagende organisatie geuite bewering over de discriminatie van de Roma te beoordelen, tot voor kort verklaarde dat zij geen enkele schatting van de omvang van de betrokken groepen kon geven. Ter rechtvaardiging van haar standpunt verwijst zij naar wettelijke en meer in het bijzonder grondwettelijke belemmeringen. Wanneer het verzamelen en opslaan van persoonsgegevens om dergelijke redenen wordt verhinderd, maar tevens algemeen wordt erkend dat een bepaalde groep wordt of kan worden gediscrimineerd, is het aan de autoriteiten om alternatieve middelen te vinden om de omvang van het probleem te beoordelen en vooruitgang te boeken bij het oplossen ervan, die niet aan dergelijke grondwettelijke beperkingen zijn onderworpen.”

Al sinds 1989<sup>19</sup> hebben alle relevante EU- en internationale instellingen met toenemende urgentie verklaard dat het verzamelen van DEI-gegevens voor monitoring- en rapportagedoeleinden onontbeerlijk is voor de strijd tegen discriminatie.<sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld het EU-actieplan tegen racisme 2020-2025<sup>21</sup> (het “**Actieplan**”) waarin de Europese Commissie uitdrukkelijk verklaart:

“Correcte en vergelijkbare gegevens zijn essentieel voor beleidsmakers en het publiek om de mate en de aard van discriminatie te kunnen onderkennen en om het beleid te ontwerpen, aan te passen, te monitoren en te evalueren. Dit betekent dat gegevens moeten worden uitgesplitst naar ras of etnische afstamming.”<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Klacht nr. 15/2003, beslissing ten gronde, 8 december 2004, § 27.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld ECRI Algemene beleidsaanbeveling nr. 4 betreffende nationale overzichten van de ervaringen met en de perceptie van discriminatie en racisme vanuit het gezichtspunt van potentiële slachtoffers, aangenomen op 6 maart 1998.

<sup>20</sup> Zie het voor de Europese Commissie opgestelde verslag “Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity,” 2017, [data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://data.europa.eu/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf) (europa.eu). In het Europese Handboek over gelijkheidsgegevens (European handbook on equality data), dat oorspronkelijk uit 2007 dateert, staat bijvoorbeeld al (vrij vertaald): “Monitoring is misschien wel de meest effectieve maatregel die een organisatie kan nemen om ervoor te zorgen dat zij de wetgeving inzake gelijkheid naleeft.” Het handboek is in 2016 bijgewerkt en biedt een uitgebreid overzicht van hoe gegevens over gelijkheid kunnen worden verzameld, , <https://op.europa.eu/s/yCrk>.

<sup>21</sup> EU-actieplan tegen racisme 2020-2025, blz. 18.

<sup>22</sup> Zie een langere maar soortgelijke verklaring in het verslag 2021 van de Europese Commissie over de evaluatie van de richtlijn rassengelijkheid, blz. 17, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0139>.

We kunnen voortgang alleen monitoren als we data hebben die uitgesplitst is naar geslacht, leeftijd, ras, etniciteit, inkomen, migratiestatus, handicap, en andere karakteristieken die te maken hebben met de gronden voor discriminatie die verboden zijn onder mensenrechtenwetgeving. Alleen als we voortgang volgen voor de verschillende bevolkingsgroepen, in alle landen, kunnen we ervoor zorgen dat inderdaad niemand achter wordt gelaten.

**Zeid Ra'ad Al Hussein, Hoge  
Commissaris voor de Mensenrechten  
van de Verenigde Naties (2018)**

In het Actieplan merkt de Europese Commissie op dat gegevens over gelijkheid schaars blijven, “waar sommige lidstaten deze gegevens verzamelen, *terwijl andere dit juist bewust niet doen*”. Het Actieplan voorziet vervolgens in belangrijke stappen om ervoor te zorgen dat op Europees en nationaal niveau betrouwbare en vergelijkbare gegevens over gelijkheid worden verzameld.<sup>23</sup>

Op internationaal niveau hanteren de Verenigde Naties (VN) een nog krachtiger aanpak: zij beschouwen het verzamelen van DEI-gegevens die uitsplitsing voor diverse bevolkingsgroepen mogelijk maken als onderdeel van de mensenrechtenverplichtingen van regeringen. Zie het

VN-rapport van 2018, “A Human Rights-based approach to data, leaving nobody behind in the 2030 agenda for sustainable development” (het “**VN-rapport**”):<sup>24</sup>

“Het verzamelen en uitsplitsen van gegevens die een vergelijking van bevolkingsgroepen mogelijk maken, staan centraal in een HRBA [human rights based approach] van gegevens en maken deel uit van de verplichtingen van staten op het gebied van mensenrechten.<sup>25</sup> Uitgesplitste gegevens kunnen informatie verschaffen over de omvang van mogelijke ongelijkheid en discriminatie.”

In het VN-rapport wordt opgemerkt dat dit impliciet was in eerdere verdragen, maar dat “in recentere verdragen specifiek wordt verwezen naar de noodzaak van gegevensverzameling en uitgesplitste statistieken. Zie bijvoorbeeld artikel 31 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.”<sup>26</sup>

In veel van de bovengenoemde rapporten wordt uitdrukkelijk gesteld dat de AVG geen belemmering mag vormen voor het verzamelen van deze gegevens. Zo heeft de EU Groep op hoog niveau inzake

<sup>23</sup> EU-actieplan tegen racisme 2020-2025, blz. 25, onder verwijzing naar: Niall Crowley, Making Europe more Equal: A Legal Duty? [https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive\\_equality\\_duties-finalweb.pdf](https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/positive_equality_duties-finalweb.pdf), waarin wordt gerapporteerd over de lidstaten die reeds in een dergelijke positieve wettelijke verplichting voorzien. Zie blz. 16 voor een overzicht van expliciete preventieve plichten die organisaties ertoe verplichten ongespecificeerde maatregelen te nemen om discriminatie te voorkomen, waarbij de verantwoordelijkheid om op te treden wordt verlegd van degenen die discriminatie ondervinden naar de werkgevers. Zij kunnen de invoering van nieuw beleid, procedures en praktijken van de organisatie op dit gebied stimuleren.

<sup>24</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>

<sup>25</sup> Zo vereist doelstelling 17.18 van de 2030-agenda dat de indicatoren van de sociale ontwikkelingsdoelstellingen worden uitgesplitst naar inkomen, geslacht, leeftijd, ras, etniciteit, migratiestatus, handicap, geografische locatie en andere in de nationale context relevante kenmerken.

<sup>26</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, blz. 15, voetnoot 27.

De vijfde mythe is dat de AVG verzameling van gelijkheidsgegevens belet. Dit is een gevaarlijke mythe, die af en toe wordt geïnstrumentaliseerd en gebruikt als een excuus. AVG is juist een een verfijnder instrument dan wordt aangenomen en het is uitermate belangrijk om gegevensbeschermingsautoriteiten te raadplegen met betrekking tot het creëren van beleid omtrent gegevensverzameling.

**Michael O’Flaherty, Directeur van het Bureau van de Europese Unie voor de grondrechten (FRA) (2021)**

non-discriminatie, gelijkheid en diversiteit in 2018 “Richtsnoeren voor een betere verzameling en een beter gebruik van gegevens over gelijkheid” uitgebracht,<sup>27</sup> waarin expliciet staat:

“Soms worden de vereisten inzake gegevensbescherming dusdanig opgevat dat het lijkt alsof het verzamelen van persoonsgegevens als etnische afstamming, godsdienst of seksuele gerichtheid, verboden is. Zoals uit onderstaande uitleg blijkt, legt de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) van de EU, die sinds 25 mei 2018 rechtstreeks van toepassing is in alle EU-lidstaten, echter juist voorwaarden vast, waaronder het verzamelen en verwerken van dergelijke gegevens is toegestaan.”

De speciale VN-rapporteur voor extreme armoede en mensenrechten heeft zelfs geoordeeld dat de Europese Commissie een inbreukprocedure moet inleiden wanneer een lidstaat de wetgeving inzake gegevensbescherming verkeerd blijft interpreteren en het verzamelen van gegevens op basis van ras en etnische afkomst niet toestaat.<sup>28</sup>

Waar werkgevers zich beroepen op de AVG-bepalingen om verzameling van DEI-gegevens te vermijden voor monitoringsdoeleinden, lijkt dit meer gedreven te zijn door de wens om onderzoek naar discriminatie op de werkplek te voorkomen dan door oprechte bezorgdheid over de privacy van hun werknemers.<sup>29</sup> De werknemers wier privacy op het spel staat, zijn precies degenen die potentieel aan discriminatie worden blootgesteld. De AVG aanvoeren als een verbod op het verzamelen van DEI-gegevens, met als resultaat dat organisaties het opsporen van discriminatie van deze groepen vermijden of belemmeren, druist in tegen het doel van de AVG. De AVG gaat over het waarborgen van de privacy van werknemers terwijl zij tegelijkertijd tegen discriminatie worden beschermd.

<sup>27</sup> Groep op hoog niveau inzake non-discriminatie, gelijkheid en diversiteit, “Richtsnoeren voor een betere verzameling en een beter gebruik van gegevens over gelijkheid,” 2018, p.11, <https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/a3d2cd88-0eba-11ec-b771-01aa75ed71a1>.

<sup>28</sup> Verenigde Naties, eindverklaring over Roemenië, professor Philip Alston, speciaal rapporteur van de Mensenrechtenraad van de Verenigde Naties voor extreme armoede en mensenrechten, <https://www.ohchr.org/en/statements/2015/11/end-mission-statement-romania-professor-philip-alston-united-nations-human?LangID=E&NewsID=16737>.

<sup>29</sup> Citaat is van Michael O’Flaherty, directeur van het Bureau voor de grondrechten (FRA), verslag van de rondetafelconferentie over gelijkheid, 30 december 2021, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data\\_post-event-report.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-12/roundtable-equality-data_post-event-report.pdf).

“Zonder het meten en kwantificeren van de omvang van discriminatie en ongelijkheden in Europa, wordt het erg moeilijk om ze effectief aan te pakken. Gelijksheidsgegevens kunnen krachtige tools zijn tegen discriminatie en uitsluiting, omdat ze de situatie van groepen die het risico lopen gediscrimineerd te worden aan het licht brengen. Daarom roepen wij op tot meer data om discriminatie te meten en gelijkheid te borgen in de uitkomst.”

**Europees Netwerk Tegen Racisme (European Network Against Racism), beleidsstatement op de website**

Het is geen verrassing dat de belangengroepen van minderheden, die de groepen vertegenwoordigen wier privacy daadwerkelijk op het spel staat, actief pleiten voor een verzameling van DEI-gegevens en monitoring.<sup>30</sup> Hun bezorgdheid over het verzamelen van DEI-gegevens voor DEI-monitoringsdoeleinden is dat deze groepen zich vaak niet vertegenwoordigd voelen in de **categorisering** van de verzamelde gegevens.<sup>31</sup> Als deze te algemeen zijn of geen uitsplitsing van overlappende ongelijkheden mogelijk maken (zoals vrouw zijn en tot een minderheid behoren), is het heel goed mogelijk dat specifieke kwetsbare groepen buiten het bereik van de DEI-monitoring vallen en dus buiten het bereik van mogelijke DEI-beleidsmaatregelen. Algemeen wordt erkend dat al bij de *vaststelling van de categorieën* sprake kan zijn van bias. Kernbeginsel van de toepasselijke

mensenrechtenkaders is dat relevante groepen minderheden moeten worden betrokken bij een *bottom-up* proces van indicatorselectie (het mensenrechtenbeginsel van *participatie*),<sup>32</sup> en dat de gegevensverzameling verder moet zijn gebaseerd op het beginsel van *zelfidentificatie*, dat vereist dat enquêtes altijd vrije antwoorden (en ook geen antwoorden) mogelijk moeten maken, alsook het opgeven van meer identiteiten (zie paragraaf 4 over het mensenrechtenbeginsel van zelfidentificatie).

### 3. ESG-rapportage

Op grond van de CSRD<sup>33</sup> zullen grote ondernemingen<sup>34</sup> vanaf 2024 (d.w.z. in hun jaarverslagen die in 2025 worden gepubliceerd) verplicht zijn informatie te verstrekken over ESG-aangelegenheden.<sup>35</sup> De

<sup>30</sup> Zie de beleidsverklaring op de website van het Europees netwerk tegen racisme (**ENAR**); alsook de verklaring van 28 september 2022 van Equal@Work Partners waarin de EU wordt opgeroepen om gunstige rechtskaders in te voeren die operationele en rechtszekerheid bieden aan organisaties die maatregelen willen nemen voor het verzamelen van gegevens over gelijkheid op grond van ras, etniciteit en andere verwante categorieën, <https://www.enar-eu.org/about/equality-data>. Zie ook hier.

<sup>31</sup> Voor een uitstekend artikel over alle kwesties in verband met etnische categorisering, zie Bonnett, A., & Carrington, B. (2000), “Fitting into categories or falling between them? Rethinking ethnic classification,” *British Journal of Sociology of Education*, 21(4), pp. 487-500.

<sup>32</sup> Het Bureau van de Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor de Mensenrechten (OHCHR), “Human Rights Indicators, A Guide to Measurement and Implementation,” 2012 (OHCHR Guide), hoofdstuk III sub. A (Ethical, statistical and human rights considerations in indicator selection), blz. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

<sup>33</sup> Zie richtlijn duurzaamheidsrapportering door ondernemingen, artikel 1 lid 4, hier beschikbaar.

<sup>34</sup> De nieuwe EU-vereisten inzake duurzaamheidsrapportering zullen gelden voor alle grote ondernemingen die aan twee van de volgende drie criteria voldoen: meer dan 250 werknemers, 40 miljoen euro netto-inkomsten en meer dan 20 miljoen euro op de balans), ongeacht of zij beursgenoteerd zijn of niet. Voor kleine en middelgrote ondernemingen met een beursnotering gelden lichtere rapportagenormen.

<sup>35</sup> Zie artikel 1 (Wijzigingen in Richtlijn 2013/34/EU) lid 8, dat een nieuw hoofdstuk 6BIS Duurzaamheidsrapporteringstandaarden invoert, op grond waarvan de Europese Commissie een gedelegeerde handeling

Europese Commissie is belast met het vaststellen van de verslaggevingsstandaarden en heeft de European Financial Reporting Advisory Group (**EFRAG**) gevraagd daarvoor aanbevelingen te doen. In november 2022 heeft EFRAG het eerste concept van de verslaggevingsstandaarden gepubliceerd. De Europese Commissie raadpleegt nu de relevante EU-organen en de lidstaten, alvorens de standaarden in juni 2023 vast te stellen.

Een van de ontwerpstandaarden voorziet in een norm voor rapportage over het eigen personeel van een onderneming (European Sustainability Reporting Standard S1 (**ESRS S1**)).<sup>36</sup> Deze norm vereist een algemene toelichting van de aanpak van de onderneming voor het identificeren en managen van alle materiële, feitelijke en potentiële effecten op het eigen personeelsbestand met betrekking tot *gelijke behandeling en kansen voor iedereen*, met inbegrip van “gendergelijkheid en gelijke beloning voor werk van gelijke waarde” en “diversiteit”. Uit de definities in ESRS S1 blijkt duidelijk dat “gelijke behandeling” vereist dat er “geen directe of indirecte discriminatie plaatsvindt op basis van criteria zoals geslacht en ras of etnische afkomst”; “gelijke kansen” verwijst naar gelijke en niet-discriminerende toegang tot kansen op het gebied van onderwijs, opleiding, werkgelegenheid, loopbaanontwikkeling en de uitoefening van macht zonder dat personen worden benadeeld op basis van criteria zoals geslacht en ras of etnische afkomst.

ESRS S1 bevat een specifiek hoofdstuk over meetmethoden en doelstellingen, waarin verplichte **openbare** verslaggeving wordt voorgeschreven over een reeks specifieke kenmerken van het personeelsbestand van een onderneming, waaronder geslacht, maar niet ras of etnische afkomst.<sup>37</sup> Bij het lezen van alle normen is het echter moeilijk voor te stellen hoe bedrijven over de normen kunnen rapporteren zonder **intern** DEI-gegevens te verzamelen en te monitoren.

Ter illustratie: volgens de algemene informatieverplichtingen van ESRS S1 moet de onderneming al haar beleid inzake gelijke behandeling en kansen bekendmaken,<sup>38</sup> met inbegrip van:

d) of en hoe dit beleid wordt uitgevoerd via specifieke procedures om ervoor te zorgen dat discriminatie wordt voorkomen, beperkt en aangepakt zodra zij wordt ontdekt, en om diversiteit en inclusiviteit in het algemeen te bevorderen.

---

vaststelt, waarin wordt gespecificeerd welke informatie ondernemingen over sociale en menselijke factoren moeten rapporteren, waaronder gelijke behandeling en kansen voor iedereen, met inbegrip van bepalingen inzake diversiteit.

<sup>36</sup> Zie European Financial Reporting Advisory Group, Draft European Sustainability Reporting Standard S1 Own Workforce, nov. 2022, hier.

<sup>37</sup> Het oorspronkelijke concept van ESRS S1 dat door EFRAG voor openbare raadpleging werd gepubliceerd, bevatte een verplichting om ook het totale aantal “werknemers die tot kwetsbare groepen behoren, indien relevant en wettelijk toegestaan, openbaar te maken” (zie openbaarmakingsvoorschrift 11), [Download \(efrag.org\)](https://www.efrag.org). Deze verplichting werd geschrapt uit het concept die de EFRAG aan de Europese Commissie heeft voorgelegd.

<sup>38</sup> Zie S1-1 - Beleid in verband met het eigen personeel.

Het is moeilijk in te zien **hoe** kunnen rapporteren hoe het beleid wordt uitgevoerd **om ervoor te zorgen dat discriminatie wordt voorkomen, beperkt en aangepakt zodra het wordt ontdekt**, zonder DEI-gegevens te verzamelen.

In ESRS S1 wordt verder toegelicht hoe de openbaarmakingen onder S1 zich verhouden tot de openbaarmakingen onder ESRS S2, dat verplichtingen tot openbaarmaking kent voor situaties waarbij potentiële gevolgen voor het eigen personeel van een onderneming gevolgen hebben voor de strategie en het bedrijfsmodel of de bedrijfsmodellen van de onderneming. Zie:

**Appendix B.1** van S1 Toepassingsvereisten voor ESRS 2-gerelateerde openbaarmakingen, welke omvatten

“**Diversiteit.** Vertegenwoordiging van vrouwen en/of etnische groepen of minderheden binnen het eigen personeelsbestand. Leeftijdistributie binnen het eigen personeelsbestand. Percentage van personen met handicaps binnen het eigen personeelsbestand.

**Appendix B.4** van S1 Toepassingsvereisten voor ESRS S1-5 “Doelen gerelateerd aan het managen van negatieve impacts, bevorderen van positieve impacts, en het managen van materiële risico’s en kansen,” welke omvatten:

“**Diversiteit.** Laten stijgen van het % van ondervertegenwoordigde groepen binnen het eigen personeelsbestand en topmanagement.”

Op basis van de bovenstaande rapportageverplichtingen zal het verzamelen en monitoren van DEI-gegevens nodig zijn voor de verplichte rapportage, hetgeen ook een rechtsgrondslag in het kader van de AVG biedt voor het verzamelen van dergelijke gegevens, mits de overige bepalingen van de AVG en de bredere mensenrechtenbeginselen worden nageleefd. Alvorens de AVG-voorschriften uiteen te zetten, geef ik eerst een korte samenvatting van de bredere mensenrechtenbeginselen die van toepassing zijn op het verzamelen van DEI-gegevens voor monitoringsdoeleinden.

## 4. Beginselen van de mensenrechten

De drie belangrijkste mensenrechtenbeginselen met betrekking tot gegevensverzameling zijn zelfidentificatie, participatie en gegevensbescherming.<sup>39</sup> Het beginsel van zelfidentificatie vereist dat mensen de mogelijkheid hebben om zichzelf te identificeren wanneer zij worden geconfronteerd met een vraag naar gevoelige persoonsgegevens over hen. Al in 1990 stelde het Comité voor de uitbanning van rassendiscriminatie dat de identificatie als lid van een bepaalde etnische groep “indien geen gegronde reden voor het tegendeel bestaat, gebaseerd moeten zijn op zelfidentificatie door de

---

<sup>39</sup> OHCHR Guide, blz. 46, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human\\_rights\\_indicators\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Human_rights_indicators_en.pdf).

betrokkene.”<sup>40</sup> Een persoonlijk gevoel van identiteit en het behoren tot een bepaalde groep kan in beginsel niet worden beperkt of ondermijnd door een door de overheid bepaalde identiteit door toeschrijving of afleiding uit ander gegevens (proxy). Dit betekent dat alle vragen over persoonlijke identiteit, zowel in enquêtes als in administratieve gegevens mogelijk moeten maken dat vrije antwoorden worden gegeven (inclusief geen antwoord) alsook opgave van meer identiteiten.<sup>41</sup> Wegens de gevoelige aard van enquêtevragen over bevolkingskenmerken moeten de gegevensverzamelaars er ook speciaal op toezien dat de respondenten weten dat er passende maatregelen voor gegevensbescherming en voorkoming van openbaarmaking zijn genomen.<sup>42</sup>

## 5. EU-voorschriften inzake gegevensbescherming

Het verzamelen van raciale of etnische gegevens voor monitoring wordt in de literatuur terecht omschreven als “een problematische noodzaak, een proces dat zelf voortdurend moet worden gemonitord.”<sup>43</sup> Het verzamelen en verwerken van raciale en etnische gegevens ter bestrijding van discriminatie is geen “onschuldige” praktijk.<sup>44</sup> Zelfs als het op anonieme of geaggregeerde basis gebeurt, kan het bijdragen tot uitsluiting en discriminatie. Een voorbeeld is wanneer politici op basis van statistieken beweren dat er “te veel” mensen van een bepaalde categorie in een land zijn.<sup>45</sup>

Het verzamelen en verwerken van raciale en etnische gegevens is niet illegaal in de EU. In het algemeen legt geen enkele lidstaat een absoluut verbod op het verzamelen van deze gegevens op.<sup>46</sup> Er is ook geen algemene verplichting onder de richtlijn inzake rassengelijkheid om DEI-gegevens te verzamelen, te analyseren en te gebruiken. Verplichtingen om raciale of etnische gegevens te

---

<sup>40</sup> General Recommendation 8, Membership of racial or ethnic groups based on self-identification, 1990, <https://www.legal-tools.org/doc/2503f1/pdf/>.

<sup>41</sup> <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/HRIndicators/GuidanceNoteonApproachtoData.pdf>, blz. 12-13. Zie ook de Groep op hoog niveau inzake non-discriminatie, gelijkheid en diversiteit, “Leidraad voor de verzameling en het gebruik van gelijkheidsgegevens op basis van ras of etnische afkomst,” 2021, blz. 36, <https://op.europa.eu/s/yCrP>.

<sup>42</sup> OHCHR Guide, blz. 48.

<sup>43</sup> Bonnett en Carrington 2000, blz. 488.

<sup>44</sup> De Jonge Akademie, Dataverzameling ter bestrijding van discriminatie aan universiteiten: een verkenning van buiten Nederland toegepaste vragenlijstmethoden, <https://www.dejongeakademie.nl/publicaties/2300805.aspx>.

<sup>45</sup> Zie oudere voorbeelden in Bonnett en Carrington 2000.

<sup>46</sup> Europese Commissie, Analysis and comparative review of equality data collection practices in the European Union Data collection in the field of ethnicity, blz. 14, [https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2021-09/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf). Zelfs in Frankrijk, dat vaak als een geval van absoluut verbod wordt beschouwd, is het verzamelen van etnische gegevens mogelijk onder bepaalde uitzonderingen. Hetzelfde geldt voor Italië. Het Italiaanse werknemersstatuut (Italiaanse wet nr. 300/1970), artikel 8, verbiedt werkgevers uitdrukkelijk etnische gegevens te verzamelen en te gebruiken om te beslissen of zij een kandidaat in dienst nemen en om te beslissen over andere aspecten van de reeds bestaande arbeidsverhouding (zoals promoties). Het verzamelen van dergelijke gegevens voor het monitoren van discriminatie op de werkplek en gelijke kansen valt buiten het verbod (mits verzekerd is dat deze gegevens niet voor andere doeleinden kunnen worden gebruikt).

verzamelen zijn over het algemeen ook niet in de wetgeving van de lidstaten vastgelegd, met specifieke uitzonderingen in Finland, Ierland en (pre-Brexit) het VK.<sup>47</sup>

Bij gebrek aan specifieke verbodsbepalingen en specifieke vereisten in de wetgeving van de EU en de lidstaten, valt de verwerking van gegevens van ras en etnische afkomst onder de AVG, die voorziet in een speciale regeling voor de verwerking van “bijzondere categorieën van persoonsgegevens”, zoals gegevens waaruit de ras of etnische afkomst blijkt.<sup>48/49</sup>

Artikel 9 van de AVG verbiedt de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens, behoudens specifieke uitzonderingen. Het verbod is niet van toepassing (voor zover hier van belang)<sup>50</sup> wanneer:

- De betrokkene **uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven** voor de verwerking van persoonsgegevens voor een of meer welbepaalde doeleinden, behalve wanneer het EU-recht of het recht van een lidstaat bepaalt dat het verbod niet door de betrokkene kan worden opgeheven (artikel 9 lid 2 sub a AVG).
- De verwerking noodzakelijk is om redenen van **zwaarwegend algemeen belang** op grond van EU-recht of lidstatelijk recht (artikel 9 lid 2 sub g AVG).

---

<sup>47</sup> Drie specifieke uitzonderingen, Finland, Ierland en het VK (vóór het verlaten van de EU), verplichten overheidsinstanties tot het verzamelen van gegevens over gelijkheid als onderdeel van hun gelijkheidsplanning, zie [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data\\_collection\\_in\\_the\\_field\\_of\\_ethnicity.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/data_collection_in_the_field_of_ethnicity.pdf), blz. 16.

<sup>48</sup> Gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst blijkt, worden beschouwd als een “bijzondere categorie” persoonsgegevens in de zin van artikel 9 van de AVG. Gegevens over nationaliteit of geboorteplaats van een persoon of zijn of haar ouders vallen niet onder bijzondere categorieën persoonsgegevens en kunnen in de regel zonder toestemming van de ondervraagde respondent worden verzameld. Indien zij echter worden gebruikt om de etnische of raciale afkomst te voorspellen, vallen zij onder de regeling van artikel 9 van de AVG voor de verwerking van bijzondere categorieën van persoonsgegevens.

<sup>49</sup> Het staat buiten kijf dat de samenvatting van de vereisten hier een correcte weergave is van de vereisten van de AVG. Een soortgelijke samenvatting van de relevante bepalingen van de EU-Groep op hoog niveau inzake non-discriminatie, gelijkheid en diversiteit is te vinden in haar richtsnoeren van 2018, blz. 12, <https://op.europa.eu/nl/publication-detail/-/publication/a3d2cd88-0eba-11ec-b771-01aa75ed71a1> en verder in haar leidraad van 2021 betreffende de verzameling en het gebruik van gelijkheidsgegevens op basis van ras of etnische afkomst, blz. 26 – 28 <https://op.europa.eu/s/yCrP>. Zie verder de richtsnoeren van de Sociaal Economische Raad, “Meten is Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid,” Charterdocument, blz. 7-10, dec. 2021; en een eerder rapport van PWC in opdracht van de Nederlandse overheid, “Onderzoek Vrijwillige vastlegging van culturele diversiteit,” <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2017/12/22/onderzoek-vrijwillige-vastlegging-van-culturele-diversiteit>.

<sup>50</sup> Artikel 9 lid 2 sub b van de AVG voorziet in een voorwaarde voor het verzamelen van persoonsgegevens waaruit ras of etnische afkomst blijkt wanneer dit “noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of de betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht [...], voor zover zulks is toegestaan bij Unierecht of lidstatelijk recht...”. Er is momenteel geen wetgeving van de Unie of de lidstaten die de werkgever verplicht om voor monitoringdoeleinden raciale of etnische gegevens te verzamelen. De EU-wetgevers beschouwden dit echter als een geldige uitzondering die de lidstaten in hun nationale wetgeving kunnen opnemen. Art. 88 van de AVG bepaalt dat de lidstaten bij wet of bij collectieve overeenkomsten kunnen voorzien in meer specifieke voorschriften ter bescherming van de rechten en vrijheden van werknemers met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van werknemers in het kader van de arbeidsverhouding. Deze regels kunnen met name worden vastgesteld met het oog op *onder meer* gelijkheid en diversiteit op de werkplek.

- De verwerking noodzakelijk is voor **statistische doeleinden** overeenkomstig artikel 89 lid 1 AVG, op basis van EU-recht of lidstatelijk recht (artikel 9 lid 2 sub j AVG).

Voorwaarde voor toepasselijkheid van deze uitzonderingen, is dat in EU-recht of het lidstatelijk recht bepalingen zijn opgenomen die de verwerking toestaan wanneer dit noodzakelijk is voor doeleinden van zwaarwegend algemeen belang of voor statistische doeleinden. In de praktijk hebben de meeste lidstaten **geen** gebruik gemaakt van hun discretionaire bevoegdheid uit hoofde van de AVG om in hun nationale wetgeving een specifieke rechtsgrondslag op te nemen voor de verwerking van ras of etnische gegevens voor deze doeleinden.<sup>51</sup> De lidstaten hebben echter ook **geen** gebruik gemaakt van de door de AVG geboden mogelijkheid om in hun nationale wetgeving te bepalen dat het verbod van artikel 9 **niet** door middel van toestemming kan worden opgeheven. Hierdoor is de grondslag van uitdrukkelijke toestemming een geldige optie, maar ook de enige praktisch haalbare, om DEI-gegevens voor monitoringsdoeleinden te verzamelen.<sup>52</sup> Dit is in overeenstemming met de mensenrechtenbeginselen, mits de rapportage gebaseerd is op zelfidentificatie.

Zodra de CSRD in de nationale wetgeving van de lidstaten is geïmplementeerd, zal het verzamelen van DEI-gegevens vereist zijn voor verplichte ESG-rapportages, hetgeen zal zijn toegestaan op grond van artikel 9 lid 2 sub g van de AVG (reden van zwaarwegend algemeen belang). Wanneer organisaties deze gegevens verzamelen op deze grondslag verzamelen, blijven de hierboven uiteengezette mensenrechtenbeginselen relevant, met name dat de rapportage gebaseerd moet zijn op zelfidentificatie. In de praktijk zal de rechtsgrondslag van zwaarwegend algemeen belang dus sterk overeenkomen met de rechtsgrondslag van uitdrukkelijke toestemming en zullen de hieronder beschreven waarborgen en mitigerende maatregelen eveneens van toepassing zijn.

## 5.1 Uitdrukkelijke toestemming

De eisen voor geldige toestemming onder de AVG zijn streng, vooral op de werkplek.<sup>53</sup> Zo moet de toestemming een “vrije wilsuiting” zijn, wat problematisch wordt geacht gezien de machtsverhouding tussen de werkgever en het individu.<sup>54</sup> De toestemming dient “uitdrukkelijk” te zijn, hetgeen verwijst naar de manier waarop toestemming door de betrokkene tot uitdrukking wordt gebracht. Het betekent dat de betrokkene een uitdrukkelijke verklaring van toestemming moet geven. Een voor de hand

---

<sup>51</sup> Zie eindnoot 13.

<sup>52</sup> In Nederland wordt bijvoorbeeld algemeen aanvaard dat het verzamelen van DEI-gegevens op vrijwillige basis kan plaatsvinden, zie Sociaal Economische Raad, “Met en Weten, zicht op effecten van diversiteits- en inclusiebeleid,” Charterdocument, blz. 7-10, dec. 2021. Zie ook het rapport “Het moet wel werken,” blz. 30, <https://goldschmeding.foundation/wp-content/uploads/Rapport-Het-Moet-Wel-Werken-Vergelijkende-analyse-juli-2021.pdf>.

<sup>53</sup> Artikel 4 lid 11 van de AVG omschrijft toestemming als “elke vrije, specifieke, geïnformeerde en ondubbelzinnige wilsuiting waarmee de betrokkene door middel van een verklaring of een ondubbelzinnige actieve handeling een hem betreffende verwerking van persoonsgegevens aanvaardt.”

<sup>54</sup> Richtsnoeren van het Europees Comité voor gegevensbescherming hebben in een reeks gepubliceerde richtsnoeren expliciet gemaakt dat voor de meeste gegevensverwerkingen op het werk toestemming geen geschikte rechtsgrondslag is vanwege de aard van de relatie tussen werkgever en werknemer. Zie ook Advies 2/2017 over gegevensverwerking op het werk (**WP249**), paragraaf 6.2, op <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169>.

liggende manier om ervoor te zorgen dat toestemming uitdrukkelijk is, is het uitdrukkelijk laten bevestigen van toestemming in een schriftelijke verklaring, een elektronisch formulier of in een e-mail.<sup>55</sup>

Om geldige toestemming van werknemers te kunnen verkrijgen, moeten werknemers echt vrij kunnen kiezen of zij de informatie al dan niet willen verstrekken, zonder nadelige gevolgen. Dit betekent dat een werknemer geen enkel nadeel mag ondervinden als hij of zij weigert toestemming te geven, wat wel het geval zou zijn als weigering van toestemming de werknemer bijvoorbeeld zou uitsluiten van initiatieven voor positieve actie.<sup>56</sup> Om ervoor te zorgen dat de toestemming inderdaad een vrije wilsuiting is, moet het vrijwillige karakter van de rapportage voor de werknemers tweeledig zijn: (1) het invullen van een enquête of vragenlijst in verband met iemands ras of etnische achtergrond moet vrijwillig zijn en (2) de enquête of vragenlijst moet opties bevatten voor de werknemer om te antwoorden met (een equivalent van) “*Zeg ik liever niet*”. De individuele status van een enquête of vragenlijst (d.w.z. ingevuld of niet ingevuld), alsmede de verstrekte antwoorden, mogen niet zichtbaar zijn voor de werkgever op individuele basis. Dit wordt in de praktijk gerealiseerd door *privacy-by-design* maatregelen (zie verder hieronder).

Toestemming is verder alleen geldig is als dit gepaard gaat met duidelijke informatie over de reden waarom de gegevens worden verzameld en hoe deze zullen worden gebruikt (toestemming moet “*specifiek en geïnformeerd*” zijn).<sup>57</sup> Bovendien moeten de werknemers geïnformeerd worden dat de toestemming te allen tijde kan worden ingetrokken en dat intrekking van de toestemming de rechtmatigheid van de verwerking vóór de intrekking niet aantast.<sup>58</sup> Wanneer de toestemming wordt ingetrokken, moet elke verwerking van persoonsgegevens (voor zover deze identificeerbaar zijn) worden stopgezet vanaf het moment dat de toestemming wordt ingetrokken. Wanneer de gegevens echter in geaggregeerde vorm worden verzameld en verwerkt (zie paragraaf 5.2 hieronder over de vereisten inzake *privacy-by-design*), zullen de werknemers niet langer identificeerbaar of traceerbaar zijn, en zal daarom een intrekking van de toestemming geen effect hebben op de gegevens die reeds zijn verzameld en verwerkt in rapportages.

## 5.2 Algemene beginselen inzake gegevensbescherming

Het verkrijgen van toestemming doet niets af aan de verplichtingen van de verwerkingsverantwoordelijke om de in de AVG vastgelegde algemene beginselen na te leven, met name de algemene beginselen vastgelegd in Artikel 5 AVG met betrekking tot behoorlijkheid (fairness), noodzakelijkheid en evenredigheid, alsmede met betrekking tot de kwaliteit van de gegevens.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Europees Comité voor gegevensbescherming Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, vastgesteld op 4 mei 2020 (**EDPB-richtsnoeren inzake toestemming**), blz. 23, [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_202005\\_consent\\_nl.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_nl.pdf).

<sup>56</sup> WP249, paragraaf 6.2.

<sup>57</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, blz. 15-17.

<sup>58</sup> Artikel 7 lid 3 AVG.

<sup>59</sup> EDPB-richtsnoeren inzake toestemming, blz. 6.

Werkgevers zullen voorts moeten voldoen aan de beginselen van privacy-by-design.<sup>60</sup> In de praktijk betekent dit dat werkgevers alleen die persoonsgegevens mogen verwerken die strikt noodzakelijk zijn voor hun doeleinden en dit op de meest privacyvriendelijke wijze. Werkgevers kunnen bijvoorbeeld DEI-gegevens verzamelen zonder verwijzing naar individuele werknemers (d.w.z. zonder dat werknemers hun naam opgeven of een andere unieke identifier, zoals een personeelsnummer of e-mailadres,). Op die manier voldoen werkgevers aan de eisen inzake gegevensminimalisering en privacy-by-design, waardoor de impact op de privacy van hun werknemers beperkt blijft. In de praktijk zien we ook dat werkgevers een externe dienstverlener inschakelen en werknemers verzoeken de informatie rechtstreeks naar deze externe dienstverlener te sturen. De externe dienstverlener deelt vervolgens alleen geaggregeerde informatie met de werkgever.

Technisch gezien is het mogelijk om een soortgelijke functiescheiding tot stand te brengen binnen het interne HR-systeem van het bedrijf (zoals *Workday* of *SuccessFactors*), waarbij gegevens op niet-geïdentificeerde basis worden verzameld en slechts één of twee werknemers binnen de diversiteitsfunctie toegang hebben tot niet-geïdentificeerde DEI-gegevens voor statistische analyse en vervolgens alleen op geaggregeerde basis rapporteren aan het management (zodat individuele werknemers niet kunnen worden geïdentificeerd of geherïdentificeerd).<sup>61</sup> Dit vereist aanpassing van HR-systemen, waaraan momenteel wordt gewerkt. Wanneer werkgevers een ondernemingsraad hebben, moet de ondernemingsraad vooraf zijn goedkeuring geven aan elk bedrijfsbeleid dat verband houdt met de verwerking van persoonsgegevens van werknemers. Als onderdeel van het goedkeuringsproces van de ondernemingsraad kunnen de privacy-by-design maatregelen worden geverifieerd.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de bepalingen van de AVG niet van toepassing zijn wanneer de gegevens echt anoniem worden verzameld en verwerkt.<sup>62</sup> De drempel van de AVG om gegevens als echt anoniem aan te merken is echter zeer hoog en zal waarschijnlijk niet worden gehaald wanneer werkgevers dergelijke gegevens van hun werknemers verzamelen. De toepassing van anonimiseringstechnieken, zoals pseudonimisering (bv. verwijdering of vervanging van unieke identificatoren en namen), brengt de gegevensverwerking derhalve niet buiten de werkingssfeer van de AVG, maar is met name een noodzakelijke maatregel om te voldoen aan de vereisten inzake gegevensminimalisering en privacy-by-design.

---

<sup>60</sup> Artikel 25 AVG.

<sup>61</sup> Zie advies 05/2014 van de Groep Gegevensbescherming Artikel 29 over anonimiseringstechnieken, vastgesteld op 10 april 2014.

<sup>62</sup> In overweging 26 van de AVG staat dat de beginselen van gegevensbescherming niet van toepassing zijn op anonieme informatie die geen betrekking heeft op een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon, of die betrekking heeft op persoonsgegevens die zodanig anoniem zijn gemaakt dat de betrokkene niet of niet meer identificeerbaar is. In overweging 26 staat voorts dat de AVG geen betrekking heeft op de verwerking van dergelijke anonieme informatie, ook niet voor statistische of onderzoeksdoeleinden.

## 6. De weg voorwaarts

Het is voor werkgevers niet langer mogelijk zich achter de AVG te verschuilen om het verzamelen van DEI-gegevens voor monitoringsdoeleinden te vermijden. De ontwikkelingen gaan naar een zinvol DEI-beleid, toezicht en rapportage (zoals in het kader van de CSRD). Hiervoor is aangegeven dat het verzamelen van gegevens over ras en etnische afkomst is bestempeld als “een problematische noodzaak, een proces dat zelf voortdurend moet worden gemonitord”. Dit is de negatieve manier om het verzamelen en monitoren van DEI-gegevens te kwalificeren. Een positieve benadering die gebaseerd is op mensenrechten houdt in dat gegevensverzamelingsprocessen gebaseerd wordt op *zelfidentificatie*, *participatie* en *gegevensbescherming*. Wanneer deze drie beginselen worden gewaarborgd, zal het proces gecontroleerd zijn en kan het worden vertrouwd zonder dat het inherent problematisch is of voortdurend moet worden gecontroleerd. De weg voorwaarts draait om het opbouwen van een vertrouwensrelatie met de werknemers (en hun ondernemingsraden en vakbonden). Als vertrouwen nog niet vanzelfsprekend is, is de aanbeveling om klein te beginnen (in minder gevoelige jurisdicties), nauw samen te werken met ondernemingsraden of het personeel, en - in het licht van de komende CSRD - snel te beginnen.<sup>63</sup>

**Zelfidentificatie:** Een bedrijf heeft het volledige vertrouwen van zijn werknemers nodig om representatieve DEI-gegevens van hen te kunnen verzamelen op basis van zelfidentificatie. Als het verzamelen van DEI-gegevens door de werknemers als abrupt en onnatuurlijk wordt ervaren, of als een oefening in het aankruisen van vakjes die waarschijnlijk niet tot zinvolle veranderingen zal leiden, zullen de enquêtes geen succes worden. Willen werknemers enquêtes met gevoelige gegevens invullen, dan is vertrouwen nodig dat hun werkgever zijn DEI-inspanningen serieus neemt en dat het verzamelen van gegevens en monitoren daar aanvullend op is, op basis van het aforisme “We meten wat we koesteren”. De praktijk wijst uit dat wanneer een bepaald omslagpunt in cultuur is bereikt, werknemers zichzelf met trots zelfidentificeren en bijdragen aan de DEI-statistieken van hun bedrijf.

Het vertrouwen wordt *ondermijnd* als werknemers zichzelf niet herkennen in vooraf gedefinieerde categorieën. Een goede zelfidentificatie houdt in dat vooraf vastgestelde categorieën relevant zijn voor de werknemers van een land, vrije antwoorden mogelijk maken (inclusief geen antwoord) en het mogelijk maken om zich met meer identiteiten te identificeren. Het vertrouwen van de werknemers zal *toenemen* als het bedrijf goed heeft nagedacht over de maatstaven voor rapportage en ervoor zorgt dat de rapportage daadwerkelijk weergeeft waar het bedrijf zich op kan richten om zinvolle veranderingen tot stand te brengen. Het is bijvoorbeeld belangrijk ervoor te zorgen dat de rapportage niet alleen *op resultaten is gebaseerd* (het bijhouden van demografische gegevens, zonder te weten waar een probleem bestaat), maar ook *op processen*. Procesgerichte meetgegevens kunnen problemen aan het licht brengen in bedrijfsprocessen zoals werving, evaluatie, promotie en sponsoring door het management. Als een bedrijf aan de hand van uitkomstcijfers kan vaststellen dat het beperkte

---

<sup>63</sup> Zie Data-Driven Diversity (hbr.org) voor een informatief artikel over de praktische aspecten van het implementeren van gegevensgestuurde diversiteitsvoorstellen. Het onderscheid tussen resultaatgerichte en procesgerichte maatstaven is gebaseerd op dit artikel.

percentages specifieke minderheden heeft, kunnen procescijfers aangeven op welk deel van de processen (of deel van een proces, bijvoorbeeld welk deel van het wervingsproces) een bedrijf zich moet richten om zinvolle veranderingen tot stand te brengen. Voorbeelden van deze maatstaven zijn de snelheid waarmee minderheden promotie maken en de salarisverschillen tussen verschillende categorieën in vergelijkbare functies.

**Participatie:** Vertrouwen vereist een inclusief bottom-up proces waarbij werknemers (en hun ondernemingsraden) inspraak hebben in de gegevensverzamelings- en monitoringsprocedure. Bijvoorbeeld bij het vaststellen van de categorieën in een enquête, zodat werknemers uit minderheidsgroepen zich in die categorieën kunnen 'herkennen', bij het vaststellen van de rapportage maatstaven, zodat die tot zinvolle veranderingen kunnen leiden, en bij het vaststellen van de waarborgen voor gegevensbescherming (zie hieronder).

**Gegevensbescherming:** Om het vertrouwen van de werknemers te krijgen, moeten de beginselen inzake gegevensbescherming, zoals gegevensbeveiliging, gegevensminimalisering en privacy-by-design, volledig worden toegepast. Een bedrijf moet aan zijn ondernemingsraad een protocol voor het verzamelen en verwerken van gegevens voorleggen en diens goedkeuring krijgen, waarin alle organisatorische, contractuele en technische maatregelen worden gespecificeerd die ervoor zorgen dat gegevens op een niet-geïdentificeerde basis worden verzameld en dat er toegangscontroles zijn om ervoor te zorgen dat de toegang tot de gegevens beperkt blijft tot één of twee werknemers van het diversiteitsteam, zodat er alleen statistieken kunnen worden opgesteld.

## Landenrapporten

Hieronder volgt een samenvatting van de grondslagen die krachtens de wetgeving van Frankrijk, Duitsland, Italië, Spanje en Nederland beschikbaar zijn om gegevens over ras en etnische achtergrond van werknemers te verzamelen met het oog op het toezicht op DEI-beleid (**DEI Monitoringsdoeleinden**). In alle gevallen gelden ook de algemene gegevensverwerkingsbeginselen zoals uiteengezet in paragraaf 5.2. Deze worden hier niet herhaald.

## BELGIE

*Olivia Vansteelant & Damien Stas de Richelle, Laurius*

### Samenvatting voorwaarden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

In de Belgische wetgeving bestaat noch een specifieke wettelijke verplichting voor werkgevers om gegevens over ras en etniciteit van hun werknemers te verzamelen, noch een algemeen verbod voor werkgevers om dergelijke gegevens te verzamelen.

Bedrijven met een maatschappelijke zetel of minstens één vestigingsadres in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kunnen rechtmatig persoonsgegevens over de buitenlandse nationaliteit of afkomst van hun werknemers verwerken voor DEI Monitoringsdoeleinden op basis van de noodzaak om hun arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen uit te oefenen. Alle ondernemingen kunnen

rechtmatig gegevens over ras of etniciteit verwerken voor DEI Monitoringsdoeleinden op basis van uitdrukkelijke toestemming van hun werknemers. Werkgevers met een ondernemingsraad moeten hun ondernemingsraad raadplegen voordat zij een beleid uitvoeren dat verband houdt met de verwerking van gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst van hun werknemers blijkt, maar de wet vereist geen goedkeuring van de ondernemingsraad.

*Noodzaak om arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen uit te oefenen (Art. 9 lid 2 sub b AVG).* De basis voor deze uitzondering is te vinden in het Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 7 mei 2009 betreffende diversiteitsplannen en het diversiteitslabel en de Ordonnantie van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 4 september 2008 betreffende de bestrijding van discriminatie en de bevordering van gelijke behandeling op het gebied van werkgelegenheid.

Volgens dit Besluit hebben ondernemingen met een maatschappelijke zetel of minstens één vestiging in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest het recht om een diversiteitsplan op te stellen om het probleem van discriminatie bij aanwerving aan te pakken en de diversiteit op de werkvloer te ontwikkelen. In het Vlaamse of Waalse Gewest bestaat momenteel geen soortgelijke regelgeving. Vele Vlaamse NGO's dringen er bij de Vlaamse Regering op aan om te werken aan een duurzame en inclusieve arbeidsmarkt met monitoring en rapportering als belangrijke basis voor de evaluatie van diversiteit. Zij vragen de Vlaamse Regering om zich hier voor de verkiezingen van 2024 ten volle voor in te zetten.

Volgens dit Besluit mogen werkgevers de mate van diversiteit onder hun personeel analyseren door hun personeelsbestand in te delen in categorieën, waaronder die van buitenlandse nationaliteit of afkomst. Werkgevers mogen werknemers in deze categorie indelen en dus gegevens verzamelen over de buitenlandse nationaliteit of afkomst. Het is mogelijk dat werkgevers indirect gegevens verzamelen waaruit de raciale of etnische afkomst blijkt vanwege een mogelijk verband met, of een gevolgtrekking uit, informatie over nationaliteit of afkomst. Het besluit heeft echter geen betrekking op gegevens waaruit de raciale of etnische afkomst blijkt, en er is geen voorwaarde die een dergelijke verzameling van gegevens krachtens artikel 9 lid 2 sub b AVG toestaat.

*Uitdrukkelijke toestemming.* De Belgische Uitvoeringswet sluit niet uitdrukkelijk de mogelijkheid uit om gegevens van ras of etnische afkomst te verwerken op basis van toestemming van de werknemers. Voor alle andere doeleinden van de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond kunnen werkgevers dus vertrouwen op uitdrukkelijke toestemming en vrijwillige openbaarmaking door werknemers. Wij verwijzen naar de hierboven in paragraaf 5.1 genoemde voorwaarden voor uitdrukkelijke toestemming, aangezien deze op dezelfde wijze van toepassing zijn op België. Om ervoor te zorgen dat de toestemming inderdaad vrijwillig wordt gegeven, moet het vrijwillige karakter van de rapportage voor werknemers tweeledig zijn: (1) het invullen van een enquête of vragenlijst met betrekking tot iemands ras of etnische achtergrond moet vrijwillig zijn en (2) de enquête of vragenlijst moet opties bevatten voor de werknemer om te antwoorden met (een equivalent van) “zeg ik liever niet”.

## FRANKRIJK

*Hélène Delabarre & Sylvain Naillat, Nomos, Société D'Avocats*

### Samenvatting voorwaarden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

Naar Frans recht is de verwerking van gegevens over ras en etniciteit in *beginself* verboden krachtens (i) een algemene bepaling van de Franse grondwet, en (ii) een aantal specifieke bepalingen van de Franse wetgeving inzake gegevensbescherming, hetgeen ook het openbare standpunt is van de Franse gegevensbeschermingsautoriteit (CNIL). De Franse wetgeving erkent geen indeling van mensen in categorieën op basis van hun (vermeende) ras of etniciteit en het verbod op de verwerking van gegevens over ras en etniciteit is door het Franse Constitutionele Hof bevestigd in een arrest met betrekking tot overheidsstudies die tot doel hadden diversiteit/minderheidsgroepen te meten. Hoewel gegevens over ras en etniciteit niet mogen worden verzameld of verwerkt, kunnen objectieve criteria in verband met geografische en/of culturele **afkomst**, zoals naam, nationaliteit, geboorteplaats, moedertaal, enz. wel door werkgevers in aanmerking worden genomen om de diversiteit te meten en discriminatie te bestrijden.

In een gepubliceerd document uit 2012<sup>64</sup> (dat sindsdien niet is weersproken) heeft de CNIL bevestigd dat werkgevers gegevens mogen verzamelen en verwerken over objectieve criteria met betrekking tot “**afkomst**”, zoals de geboorteplaats van de respondent en zijn/haar ouders, zijn/haar moedertaal, zijn/haar nationaliteit en die van zijn/haar ouders, enz., als het verwerken van dergelijke gegevens noodzakelijk is om statistische informatie te verkrijgen om discriminatie te meten en te bestrijden. De CNIL is tevens van mening dat, indien noodzakelijk met het oog op het doel van de gegevensverzameling en andere vragen die gesteld worden, vragen over zelfidentificatie en hoe de respondent zich door anderen gezien voelt ook mogen worden gesteld. Zie het document van de CNIL:

*Overeenkomstig de beslissing van het Constitutionele Hof van 15 november 2007 en de inzichten van de Cahiers du Conseil kunnen studies over het meten van diversiteit niet, zonder artikel 1 van de Grondwet te schenden, gebaseerd zijn op de etnische of raciale afkomst van de personen. Elke nomenclatuur die zou kunnen worden geïnterpreteerd als een etnisch-raciale verwijzing moet derhalve worden vermeden. **Het is niettemin mogelijk het criterium “afkomst” te benaderen op basis van objectieve gegevens zoals de geboorteplaats en de nationaliteit bij de geboorte van de respondent en zijn of haar ouders, maar ook, indien nodig, op basis van subjectieve gegevens betreffende de wijze waarop de respondent zichzelf identificeert of hoe de persoon zich door anderen gezien voelt.**<sup>65</sup>*

Op basis van de richtsnoeren van de CNIL zijn verschillende gepubliceerde studies uitgevoerd waarbij informatie is verzameld die door de CNIL toelaatbaar wordt geacht, d.w.z. i) of de respondenten zich al dan niet *gediscrimineerd* voelden op grond van hun afkomst of huidskleur; ii) hoe de respondent

<sup>64</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf)

<sup>65</sup> [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_gui\\_20120501\\_egalite\\_chances\\_o.pdf](https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_gui_20120501_egalite_chances_o.pdf), blz. 70.

zichzelf identificeert; en iii) statistieken over de *geografische en/of culturele afkomst* van de respondenten.<sup>66</sup> Het verstrekken van informatie dient geheel vrijwillig te geschieden en de regels betreffende uitdrukkelijke toestemming in paragraaf 5.1 hierboven gelden ook voor Frankrijk. Alle vragen in verband met het verzamelen van gegevens over de geografische en/of culturele afkomst moeten objectief zijn, en als het niet nodig is de personen (direct of indirect) te identificeren, moet het verzamelproces volledig anoniem zijn.

## DUITSLAND

*Hanno Timmer, Morrison & Foerster*

### Grondslag voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

Volgens het Duitse recht bestaat er noch een specifieke wettelijke verplichting voor werkgevers om gegevens over ras en etnische achtergrond van hun werknemers te verzamelen, noch een algemeen verbod voor werkgevers om dergelijke gegevens te verzamelen.

Werkgevers in Duitsland kunnen rechtmatig gegevens over ras en etnische achtergrond verwerken voor DEI Monitoringsdoeleinden op basis van i) noodzaak om hun arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen uit te oefenen of ii) op basis van uitdrukkelijke toestemming van hun werknemers. Indien de werkgever een ondernemingsraad heeft, heeft de ondernemingsraad overeenkomstig artikel 94 van de Wet op de ondernemingsraden (*Betriebsverfassungsgesetz* - "**BetrVG**") een medezeggenschapsrecht voor de uitvoering van diversiteitsonderzoeken en vragenlijsten indien de informatie niet anoniem en op vrijwillige basis wordt verzameld. Indien de informatie elektronisch wordt verzameld, kan de ondernemingsraad een medezeggenschapsrecht hebben overeenkomstig artikel 87, lid 1, nr. 6 BetrVG.

*Noodzaak om arbeidsrechtelijke rechten of verplichtingen uit te oefenen.* Volgens artikel 26, lid 3, van de Duitse federale wet inzake gegevensbescherming (*Bundesdatenschutzgesetz* - "**BDSG**") is de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond in het kader van de arbeidsverhouding alleen toegestaan indien de verwerking noodzakelijk is voor de werkgever om rechten uit te oefenen of wettelijke verplichtingen na te komen die voortvloeien uit het arbeidsrecht, de sociale zekerheid en de wetgeving inzake sociale bescherming, en er geen reden is om aan te nemen dat de belangen van de betrokkene zwaarder wegen bij het niet verwerken van de gegevens. Een van de rechten van de werkgever vloeit voort uit afdeling 5 van de Duitse algemene wet gelijke behandeling (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* - "**AGG**"), op grond waarvan werkgevers het recht hebben positieve maatregelen te nemen om discriminatie op grond van ras of etniciteit te voorkomen en te beëindigen.

---

<sup>66</sup> Dit artikel van de vakbond "CGT" verwijst naar een studie van de "Défenseur des droits" (een overheidsinstelling) die het in de voetnoten 80 en 81 genoemde document van de CNIL uit 2012 mede heeft ondertekend. <https://www.cgt.fr/actualites/france/interprofessionnel/discriminations/le-defenseur-des-droits-denonce-un-racisme>. Zie ook recente studies van de overheidsinstellingen INED en INSEE: [https://teo.site.ined.fr/fichier/s\\_rubrique/29262/teo2\\_questionnaire.fr.pdf](https://teo.site.ined.fr/fichier/s_rubrique/29262/teo2_questionnaire.fr.pdf).

Als voorwaarde voor het nemen van dergelijke maatregelen kunnen werkgevers gegevens verzamelen om hun behoeften op het gebied van DEI vast te stellen.

*Uitdrukkelijke toestemming.* Voor alle andere doeleinden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond zullen werkgevers moeten vertrouwen op uitdrukkelijke toestemming en vrijwillige melding door werknemers. Wij verwijzen naar de in paragraaf 5.1 genoemde voorwaarden voor uitdrukkelijke toestemming, aangezien deze op dezelfde wijze van toepassing zijn op Duitsland. Voorts bepaalt artikel 26 lid 2 BDSG dat de mate van afhankelijkheid van de werknemer in de arbeidsverhouding en de omstandigheden waaronder de toestemming is gegeven, in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of de toestemming van een werknemer uit vrije wil is gegeven. Volgens artikel 26 lid 2 BDSG kan de toestemming met name vrij worden gegeven wanneer zij gepaard gaat met een juridisch of economisch voordeel voor de werknemer, of wanneer de werkgever en de werknemer dezelfde belangen nastreven. Dit kan het geval zijn wanneer het verzamelen van gegevens ook de werknemers ten goede komt, bijvoorbeeld wanneer het leidt tot de invoering van een alomvattend DEI-beheer binnen de onderneming van de werkgever.

## ITALIË

*Marco Tesoro, Tesoro en Partners*

### Samenvatting voorwaarden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

De Italiaanse wet op de gegevensbescherming (**IDPC**) regelt de verwerking van persoonsgegevens op grond van artikel 9 van de AVG, en bepaalt dat de grondslag voor de verwerking van dergelijke gegevens de naleving van een wet of voorschrift moet zijn (art. 2-*ter* lid 1 IDPC), of om redenen van algemeen belang. Naar Italiaans recht is er geen specifieke rechtsgrondslag voor de verwerking van raciale of etnische gegevens om redenen van algemeen belang.

*Uitdrukkelijke toestemming.* Wij verwijzen naar de in paragraaf 5.1 genoemde voorwaarden voor uitdrukkelijke toestemming, aangezien deze op dezelfde wijze van toepassing zijn op Italië. Het IDPC sluit niet uitdrukkelijk de mogelijkheid uit om gegevens over ras en etnische afkomst te verwerken op basis van de toestemming van de werknemers. Werkgevers die gegevens over ras en etnische afstamming willen verzamelen en verwerken op basis van de toestemming van de werknemers uit hoofde van artikel 9 van de AVG, moeten er echter voor zorgen dat de toestemming vrijelijk wordt gegeven en, waar mogelijk, dat de vakbonden waarbij zij zijn aangesloten (alsook hun ondernemingsraad, indien van toepassing) erbij worden betrokken. De vakbonden moeten in staat zijn i) vast te stellen en te verklaren dat de toestemming van de werknemers vrijelijk is gegeven; en ii) ervoor te zorgen dat de werknemers zich ten volle bewust zijn van hun rechten en van de gevolgen van het verstrekken van dergelijke gegevens. Indien er geen aangesloten vakbonden zijn, kunnen werkgevers de lokale vertegenwoordiger van de vakbonden informeren die de geldende collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) hebben ondertekend (indien van toepassing). Voorts moeten werkgevers ervoor zorgen dat werknemers de optie krijgen om te kiezen voor “zeg ik liever niet”.

*Statuut van de werknemers.* Er zij ook op gewezen dat het Italiaanse recht een algemeen verbod kent op het verzamelen van informatie die niet strikt verband houdt met of nodig is voor de beoordeling van de beroepsbekwaamheid van de werknemer. Volgens artikel 8 van de wet 23 mei 1970, nr. 300 “**Statuut van de werknemers**” mogen gegevens over ras en etniciteit niet worden verzameld of gebruikt door werkgevers om op enigerlei wijze de beslissing te beïnvloeden om een kandidaat in dienst te nemen of de voorwaarden van de arbeidsverhouding te beheren.

## SPANJE

*Laura Castillo, Gómez-Acebo & Pombo*

### Samenvatting voorwaarden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

Volgens de organieke wet 3/2018 van 5 december inzake de bescherming van persoonsgegevens en de garantie van digitale rechten (**SDPL**) is er een algemeen verbod op het verzamelen van informatie over ras en etnische achtergrond, tenzij: (i) er een wettelijke verplichting is om dit te doen (per artikel 9 van de SDPL); of (ii) de werknemers hun uitdrukkelijke toestemming hebben gegeven (hoewel dit laatste niet zonder risico is).

Nakoming van een wettelijke verplichting. De algemene wet 15/2022 van 12 juli voor gelijke behandeling en non-discriminatie (de “**Wet Gelijke Behandeling**”) garandeert en bevordert het recht op gelijke behandeling en non-discriminatie. Deze wet bepaalt uitdrukkelijk dat er geen beperkingen, segregaties of uitsluitingen mogen worden gemaakt op basis van etniciteit of ras, d.w.z. dat niemand mag worden gediscrimineerd op grond van ras of etniciteit. In dit verband zijn alle maatregelen voor positieve discriminatie die als gevolg van de Wet Gelijke Behandeling zijn ingevoerd, opgenomen in collectieve arbeidsovereenkomsten (**CAO's**) of collectieve overeenkomsten zoals overeengekomen met de vakbonden of de betrokken werknemersvertegenwoordigers. Wanneer de CAO de verplichting bevat om gegevens over ras en etniciteit van werknemers te verzamelen, kunnen werkgevers dit doen, aangezien dit een wettelijke verplichting is. In omstandigheden waarin de CAO niet specifiek vereist dat dit soort informatie wordt verzameld, kunnen werkgevers ofwel proberen een dergelijke bepaling op te nemen in de bepalingen van de CAO of een collectieve overeenkomst en daartoe samenwerken met de vakbonden of wettelijke vertegenwoordigers, ofwel een alternatieve aanpak volgen en zich baseren op uitdrukkelijke toestemming, zoals direct hieronder wordt uiteengezet.

**Uitdrukkelijke toestemming.** In beginsel is de toestemming van een werknemer op zichzelf niet voldoende om het algemene verbod op de verwerking van gevoelige gegevens krachtens de SDPL op te heffen. Echter is één van de belangrijkste doelstellingen van het verbod ingevolge de SDPL het voorkomen van discriminatie. Indien de verzameling plaatsvindt met het doel om de diversiteit te bevorderen, is het derhalve verdedigbaar (hoewel dit in Spanje nog niet is getest) dat werkgevers zich kunnen beroepen op uitdrukkelijke toestemming. Wij verwijzen naar de voorwaarden voor uitdrukkelijke toestemming die hierboven in paragraaf 5.1 zijn uiteengezet, aangezien deze op dezelfde wijze van toepassing zijn op Spanje. Ter aanvulling op de voorwaarden in paragraaf 5.1, volgt uit Spaanse jurisprudentie dat de mate van afhankelijkheid van de werknemer binnen de arbeidsverhouding en de

omstandigheden waarin de toestemming wordt gegeven, in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of de toestemming van een werknemer vrijelijk is gegeven. Het is daarom niet aan te raden dat werkgevers gegevens over ras en etniciteit van hun werknemers verkrijgen of verwerken tijdens de wervings- of aanwervingsprocedure of vóór het einde van de proeftijd, tenzij een CAO hierin voorziet. Werkgevers moeten er ook voor zorgen dat werknemers de mogelijkheid krijgen om “zeg ik liever niet” in te vullen en dat zij kunnen bewijzen dat de toestemming echt vrijelijk gegeven is, zoals uiteengezet in paragraaf 5.1 hierboven.

## NEDERLAND

*Marta Hovanesian, Morrison & Foerster*

### Samenvatting voorwaarden voor de verwerking van gegevens over ras en etnische achtergrond

In de Nederlandse wetgeving bestaat noch een specifieke wettelijke verplichting voor werkgevers om gegevens over ras en etniciteit van hun werknemers te verzamelen, noch een algemeen verbod voor werkgevers om dergelijke gegevens te verzamelen.

Werkgevers in Nederland kunnen rechtmatig gegevens over ras en etniciteit van hun werknemers verwerken voor DEI Monitoringsdoeleinden op basis van (i) het zwaarwegend algemeen belang op basis van de Nederlandse wetgeving of (ii) de uitdrukkelijke toestemming van de werknemers. Werkgevers met een ondernemingsraad moeten ervoor zorgen dat hun ondernemingsraad instemt met elk beleid inzake de verwerking van gegevens voor gelijkheid.

*Zwaarwegend algemeen belang.* Nederland heeft de voorwaarden van artikel 9 lid 2 AVG voor de verwerking van gegevens waaruit ras of etnische afkomst blijkt geïmplementeerd in de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming (de “UAVG”). Meer in het bijzonder bepaalt artikel 25 van de UAVG dat gegevens waaruit ras of etnische afkomst blijkt (beperkt tot het geboorteland van de betrokkene, diens ouders of diens grootouders) mogen worden verwerkt (op grond van een zwaarwegend algemeen belang) indien de verwerking noodzakelijk is om een achtergestelde positie van een minderheidsgroep te herstellen, en alleen indien de betrokkene geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verwerking. Een beroep op deze voorwaarde vereist onder meer dat de werkgever (i) aantoont dat bepaalde groepen mensen feitelijk nadeel ondervindt die verband houdt met hun ras of etniciteit; (ii) een breder bedrijfsbeleid voert dat gericht is op het opheffen of verminderen van dit nadeel; en (iii) aantoont dat de verwerking van gegevens over ras en etniciteit noodzakelijk is voor de uitvoering en implementatie van dit beleid.

*Uitdrukkelijke toestemming.* Werkgevers kunnen gegevens waaruit ras en etnische afkomst blijkt van hun werknemers verzamelen voor DEI Monitoringsdoeleinden op basis van uitdrukkelijke toestemming en vrijwillige openbaarmaking door de werknemers. De hierboven in paragraaf 5.1 genoemde voorwaarden voor toestemming gelden op dezelfde wijze voor Nederland.

*Barometer Culturele Diversiteit.* Nederlandse werkgevers met meer dan 250 werknemers hebben de mogelijkheid om diversiteitsinformatie over hun eigen bedrijf op te vragen bij het CBS. Op verzoek van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft het CBS de “Barometer Culturele Diversiteit” in het leven geroepen. Met de barometer kunnen werkgevers bepaalde niet-gevoelige persoonsgegevens aan het CBS verstrekken, die op zijn beurt aan de betrokken werkgevers een statistisch en anoniem overzicht van de culturele diversiteit van het bedrijf rapporteert (bijvoorbeeld het percentage werknemers met (i) een Nederlandse achtergrond, (ii) een westerse migratieachtergrond en (iii) een niet-westerse migratieachtergrond). Het CBS kan informatie verstrekken over de culturele diversiteit binnen de gehele organisatie of binnen specifieke afdelingen van de organisatie (mits de afzonderlijke afdelingen meer dan 250 werknemers hebben).