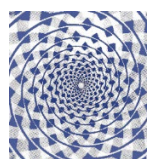


**Les tests de situation et la méthode du client-mystère
comme outils de détection et de preuve des discriminations**

Jean-François Neven, Julie Ringelheim et Véronique van der Plancke

Août 2022

 **UCLouvain**



Institute for Interdisciplinary Research in Legal sciences (JUR-I)
Centre for Philosophy of Law (CPDR)

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, centre de recherches localisé au sein de l'Institut pour la recherche interdisciplinaire en sciences juridiques (JUR-I) de l'Université de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être publiée, sous quelque forme que ce soit, sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), a research centre located in the Institute for Interdisciplinary research in legal science (JUR-I) of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced in any form without consent of the author

Les tests de situation et la méthode du client-mystère comme outils de détection et de preuve des discriminations

Jean-François Neven, Julie Ringelheim et Véronique van der Plancke*

Ce texte paraîtra sous une forme légèrement remaniée dans l'ouvrage J. Ringelheim, S. Van Drooghenbroeck, J. Vrielink et P. Wautelet (dirs.), *Redynamiser la lutte contre la discrimination/ Nieuwe impulsen voor de strijd tegen discriminatie*, Anvers, Intersentia (à paraître).

Introduction	4
I. Test de discrimination, test de situation et client-mystère : notions	6
II. La réalisation d'un test de discrimination par des particuliers ou des associations à des fins de preuve en justice	7
1. Le test de discrimination comme mode de preuve : plusieurs cas de figure.....	7
2. Le test de discrimination comme mode de preuve dans une procédure civile : la règle du partage de la charge de la preuve.....	11
3. Le test de discrimination comme mode de preuve dans une procédure pénale	15
4. Les conditions de réalisation d'un test de discrimination invoqué à titre de preuve en justice	16
III. La réalisation de tests de discrimination par des agents de l'inspection sociale à des fins de détection et de preuve d'une discrimination dans l'emploi	19
1. Le pouvoir de l'inspection fédérale de réaliser des tests de discrimination	20
a) Brève présentation du Code pénal social et des inspections sociales fédérales.....	21
b) Champ d'application et modalités des tests autorisés par l'article 42/1 du Code pénal social ...	22
c) Conditions de légalité des tests autorisés par l'article 42/1 du Code pénal social	23
d) L'interdiction de la provocation.....	25
e) La protection des inspecteurs contre le risque de poursuites pénales	25
f) Le recours à des tiers.....	27
2. Le pouvoir de l'inspection régionale bruxelloise de réaliser des tests de discrimination.....	28
Conclusion	30

* Les auteurs remercient vivement Jogchum Vrielink et Patrick Wautelet pour leurs commentaires stimulants sur une version antérieure de ce chapitre.

Introduction

Apparue au Royaume-Uni et aux États-Unis dans les années 1960, la méthode des *tests de situation* est considérée par de nombreux chercheurs comme l'un des moyens les plus efficaces de mettre en lumière et de mesurer la discrimination¹. Consistant en une expérience de terrain visant à « tester » les comportements d'acteurs privés ou publics (employeurs privés ou publics, propriétaires de logement, autres fournisseurs de biens ou services, etc.) dans la vie réelle, elle rend possible ce que ne permettent ni les entretiens ni les statistiques : détecter des pratiques discriminatoires par une observation directe de l'attitude de ces acteurs à l'égard de différents groupes de population. Plus récemment, elle a été complétée par la technique du *client mystère* (ou *mystery shopping*), qui vise à déterminer si les organisations jouant un rôle d'intermédiaire, comme les agences d'intérim ou les agences immobilières, sont disposées à discriminer lorsqu'un client leur demande. Ces deux méthodes peuvent être caractérisées comme des *tests de discrimination*².

C'est au Royaume-Uni, à la fin des années 1960, qu'a été réalisée, à la demande d'institutions publiques, la première recherche scientifique d'ampleur basée sur la méthode des tests de situation. Elle portait sur la discrimination raciale dans l'emploi, le logement et d'autres contextes³. Aux États-Unis, l'usage des tests de situation s'est multiplié à partir des années 1970, en particulier en matière de logement, à l'initiative notamment du ministère du logement et du développement urbain (*U.S. Department of Housing and Urban Development*) suite à l'adoption du *Fair Housing Act* en 1968. Des tests ont été organisés dans de nombreuses grandes villes américaines, en association avec des chercheurs et souvent des ONG⁴.

En Belgique, la première étude recourant aux tests de situation a été menée en 1998 dans le cadre d'une campagne lancée par le Bureau international du travail pour évaluer la discrimination à l'encontre des personnes d'origine étrangère dans l'accès à l'emploi dans différents pays⁵. Depuis les années 2000, et plus encore les années 2010, en Belgique et ailleurs, le nombre de recherches basées sur les tests de situation – et dans une moindre mesure sur le client mystère – n'a cessé de croître : elle est désormais utilisée pour étudier la discrimination subie par un large éventail de groupes (et pas uniquement les minorités ethniques ou raciales), dans l'accès au logement, à l'emploi mais aussi dans d'autres secteurs⁶.

¹ P.-P. Verhaege, « Praktijktesten en mystery shopping als beleidsinstrument tegen discriminatie : Een analyse van hun verschillende toepassingen op de arbeids- en huurwoningmarkt », cet ouvrage ; S. M. Gaddis, « An Introduction to Audit Studies in the Social Sciences », in S. M. Gaddis (ed.), *Audit Studies: Behind the Scenes with Theory, Method, and Nuance*, Springer, 2017 ; D. Prager, « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future », *ANNALS, The American Academy of Political & Social Science*, January 2007, n°609, pp. 104-133, p. 114 ; M. Bendick, « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States of America », *Horizons Stratégiques*, 2007/3, n°5, pp. 17-39, p. 20. Dans les années 1950 déjà, de premières expériences dans l'esprit des tests de situation avaient été menées aux États-Unis, à petite échelle, par des ONG et des activistes, aidés par des chercheurs (S. M. Gaddis, *op. cit.* ; M. Bendik, *op. cit.*, p. 23).

² Cette expression est utilisée dans la législation de la Région de Bruxelles-Capitale : voy. l'art. 4/3 de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration des amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations, inséré par l'art. 2 de l'ordonnance du 16 novembre 2017 visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale.

³ W. W. Daniel, *Racial Discrimination in England*, Baltimore, MD, Penguin Books, 1968, cité par S. M. Gaddis, *op. cit.* C'est dans cette étude – réalisée à la demande du *National Committee for Commonwealth Immigrants* et du *Race Relations Board* – que sont utilisés pour la première fois les termes « *situation tests* ».

⁴ S. M. Gaddis, *op. cit.*

⁵ P. Arriijn, S. Feld et A. Nayer, *Discrimination in Access to Employment on Grounds of Foreign Origin: The Case of Belgium*, *International Migration Papers*, Genève, éd. Organisation internationale du travail, 1998.

⁶ Voy. les études citées par P.-P. Verhaegen dans sa contribution à cet ouvrage. Voy. aussi S. Baert, « Hiring Discrimination: An Overview of (Almost) All Correspondence Experiments Since 2005 », in S. M. Gaddis (eds),

Parallèlement à leur déploiement à des fins de recherche scientifique, un autre usage des tests de situation s'est développé : ceux-ci ont également été utilisés pour détecter les discriminations en vue d'en citer les auteurs devant les tribunaux et/ou comme moyen de preuve en justice. Aux États-Unis, dès les années 1970, le *Department of Housing and Urban Development* et certaines ONG y ont vu un instrument permettant de contrôler le respect de la législation anti-discrimination en matière de logement, pouvant déboucher, en cas de constat de violation, sur des procédures judiciaires⁷. À partir des années 1990, cet usage des tests de situation s'est étendu à d'autres régions du monde et sa validité en tant que mode de preuve a été acceptée par les juridictions de nombreux pays⁸.

En Belgique, le recours aux tests de discrimination en tant qu'outil de contrôle du respect de la législation et en tant que moyen probatoire suscite de vifs débats depuis le début des années 2000. Cette contribution se propose d'examiner dans quelle mesure et à quelles conditions les tests de discrimination peuvent être utilisés en droit belge dans ce double objectif. On commencera par préciser le sens des concepts de test de discrimination, test de situation et technique du client mystère (I). On se penchera ensuite sur la question de savoir si un test réalisé *par des particuliers* ou *une association* peut être utilisé comme moyen de preuve d'une discrimination en justice. La législation bruxelloise l'autorise explicitement depuis 2017. Les lois fédérales anti-discrimination, par contre, ne mentionnent pas expressément cette méthode mais la validité de ce moyen probatoire peut se déduire de celles-ci (II). On examinera enfin à quelles conditions un test de discrimination peut être opéré *par des agents de l'inspection sociale*. La Région de Bruxelles-Capitale en 2017, l'autorité fédérale en 2018, ont chacune conféré à leur inspection sociale respective le pouvoir de réaliser de tels tests dans le cadre de leur mission de surveillance de l'application de la législation anti-discrimination dans l'emploi. L'impact de ces innovations est toutefois resté limité. L'usage de ce pouvoir a en effet été soumis à des conditions particulièrement strictes. Le législateur fédéral a décidé de réformer ce mécanisme et adopté une loi en ce sens le 31 mars 2022⁹. Un processus de réforme a été entamé au niveau bruxellois mais, au moment de terminer ce chapitre, il n'avait pas encore abouti¹⁰. On notera que la Région de Bruxelles-Capitale a également autorisé son service d'inspection régionale du logement à réaliser des tests de discrimination¹¹. Dans le cadre de cet

op. cit., disponible sur https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-319-71153-9_3. Pour un exemple récent d'étude réalisée en Belgique dans le secteur de l'emploi : S. Baert, A. Dalle, L. Lippens, L. Malfait, *Discriminatie op de Gentse arbeidsmarkt anno 2021 : rapport*, 18 juni 2021, disponible sur <https://d21buns5ku92am.cloudfront.net/62000/documents/45006-1624959626-Discriminatie%20op%20de%20Gentse%20arbeidsmarkt%20anno%202021%20rapport%20%2B%20addendum-8e6819.pdf>.

⁷ R. V. O. Boggs, J. M. Sellers, and M. Bendick, « Use of Testing in Civil Rights Enforcement », in M. Fix and R. Struyk, *Clear and Convincing Evidence. Measurement of Discrimination in America*, The Urban Institute Press, Washington, D.C., 1993, pp. 344-375. Depuis les années 1990, des recours pour discrimination dans l'emploi basés sur des tests de situation ont également été introduits aux États-Unis. Ces recours ont été initiés soit par (ou avec l'aide) d'ONG, soit par des agences pour l'égalité dans l'emploi établies au niveau des États ou des autorités locales. Voy. M. J. Yelnosky, « Employment Testers Revisited », *Roger Williams University School of Law Legal Studies Research Paper Series*, n°74, 2011, pp. 1-27, spéc. pp. 9-10.

⁸ I. Rorive, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, Brussels, Center for Equal Rights and Migration Policy Group, 2009. L'auteur cite les cas du Royaume-Uni, des Pays-Bas, de la France, du Danemark, de la Finlande et de la Suède.

⁹ Loi du 1^{er} avril 2022 modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, *M.B.*, 28 avril 2022.

¹⁰ Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a, en date du 27 avril 2022, adopté un avant-projet d'ordonnance portant modification de diverses dispositions visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi. Au moment de clôturer ce texte, cet avant-projet était soumis à l'avis des partenaires sociaux.

¹¹ Voy. l'article 214bis du Code bruxellois du logement inséré en application de l'Ordonnance du 21 décembre 2018 modifiant le Code bruxellois du Logement afin de renforcer la lutte contre la discrimination dans l'accès au logement (*M.B.*, 31 janvier 2019). Voy. aussi l'Arrêté du 21 mars 2019 du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale portant exécution de l'ordonnance du 21 décembre 2018 modifiant le Code bruxellois du logement afin de renforcer la lutte contre la discrimination dans l'accès au logement. Ces textes font toutefois

article, on se limitera toutefois à analyser la compétence conférée aux inspecteurs sociaux (régionaux et fédéraux) de mettre en œuvre des tests dans le domaine de l'emploi (III).

I. Test de discrimination, test de situation et client-mystère : notions

Le test de discrimination se décline sous deux formes : le test de situation et la technique du client mystère (ou *mystery shopping*)¹².

Le *test de situation* – parfois également appelé *testing* ou *audit par couple (audit studies)* – consiste à envoyer des paires de candidatures (en personne ou par courrier) en réponse à une offre d'emploi, de logement ou de service, ou dans un lieu de loisir comme une discothèque. Les candidats doivent avoir un profil équivalent pour ce qui est des éléments pertinents pour la sélection à opérer (par exemple, si le test concerne l'accès à l'emploi, la formation, l'expérience et les qualifications professionnelles) et différer uniquement du point de vue du critère de discrimination étudié (comme l'origine, le sexe, l'âge ou encore le handicap). Si les membres du groupe présentant une caractéristique « à risque » de discrimination sont traités de façon moins favorable que ceux de l'autre groupe, cette différence de traitement est *a priori* révélatrice d'un comportement discriminatoire¹³.

La méthode du *client mystère (mystery shopping)*¹⁴ consiste à se faire passer pour un client auprès d'une organisation jouant un rôle d'intermédiaire économique, telle qu'une agence de placement de travailleurs ou une agence immobilière, et à lui soumettre une demande à caractère discriminatoire : par exemple, demander de se voir fournir un travailleur qui ne soit pas d'origine étrangère ou d'exclure les candidats locataires qui auraient moins de 30 ans, seraient allocataires sociaux ou constitueraient un couple de même sexe. Si l'entreprise accède à cette requête, elle montre qu'elle est disposée à discriminer. La pratique du client mystère a été initialement développée par des entreprises désireuses de contrôler le respect de leurs normes internes ou la qualité des prestations de leurs employés. Ce n'est que depuis les années 2010 qu'elle est également utilisée pour étudier la propension des entreprises à discriminer à la demande d'un client¹⁵.

actuellement l'objet d'un processus de révision visant à optimiser l'efficacité des mécanismes qu'ils introduisent, et à autoriser formellement les associations d'insertion par le logement agréées à procéder à des tests de discrimination. Voy. le projet d'ordonnance modifiant le Code bruxellois du Logement en matière d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes et de lutte contre la discrimination, session ordinaire 2021-2022, adopté en séance plénière le 3 juin 2022, A-538/1.

¹² Pour un exposé plus complet de ces notions et de la méthodologie qui y est associée, voy. la contribution de P.-P. Verhaege à cet ouvrage. Voy. aussi Baert, M. Lamberts, P.-P. Verhaeghe, *Het terugdringen van arbeidsmarktdiscriminatie in de Vlaamse sectoren: academische visie en instrumenten door. Rapport*, december 2020, Vlaanderen, Departement Werk en Sociale Economie, disponible sur <https://www.vlaanderen.be/publicaties/het-terugdringen-van-arbeidsmarkt-discriminatie-in-de-vlaamse-sectoren-academische-visie-en-instrumenten>. Sur les différences entre un test réalisé à des fins de recherche scientifique et un test à visée judiciaire, voy., outre la contribution de P.-P. Verhaege à cet ouvrage, D. Prager, *op. cit.*, p. 125 ; M. J. Yelnosky, *op. cit.* et R. V. O. Boggs, J. M. Sellers, and M. Bendick, Jr., *op. cit.*, pp. 349-356.

¹³ Lorsque le test est réalisé par courrier, sans contact direct entre les candidats et l'entreprise testée, on parle de *test de correspondance*.

¹⁴ On parle parfois d'*appel mystère (mystery calls)* pour viser les cas où le client fictif prend contact par téléphone avec l'entreprise testée.

¹⁵ En 2015, une enquête basée sur cette méthode a été réalisée à l'initiative du Minderhedenforum dans le secteur des agences de titres services : N. Spaas, « Dienstencheques: subsidiëren om te discrimineren ? », *Minderhedenforum*, 22 février 2015 (rapport-dienstencheques-definitief-22-feb-2015.pdf).

II. La réalisation d'un test de discrimination par des particuliers ou des associations à des fins de preuve en justice

L'usage d'un test de discrimination comme mode de preuve en justice peut prendre différentes formes qu'il convient de distinguer. Sa force probante sera d'une intensité variable selon le cas de figure envisagé (1). Par ailleurs, la façon dont un test peut contribuer à apporter la preuve d'une discrimination varie selon que l'on se situe au civil (2) ou au pénal (3), les règles de preuve étant différentes selon le type de procédure. Dans les deux cas, la valeur probante du test, voire sa recevabilité, supposent le respect de certaines conditions lors de sa réalisation (4).

1. Le test de discrimination comme mode de preuve : plusieurs cas de figure

Dans la pratique développée dans divers pays, on observe différentes modalités d'invocation d'un test de situation comme mode de preuve en justice. Trois cas de figure méritent d'être distingués.

Dans une première hypothèse, la réalisation d'un test permet de détecter une pratique discriminatoire chez un acteur économique, conduisant des personnes *ayant participé au test*, et subi dans ce contexte un traitement défavorable, à introduire une action en justice.

On en trouve de multiples exemples aux États-Unis. Nombre de tests de situation organisés par des ONG ou des agences publiques de lutte contre la discrimination ont débouché sur des actions en justice impliquant des « testeurs ». Ainsi, dans l'affaire *Havens Realty Corp. v. Coleman* (1982)¹⁶, l'un des plaignants était un « testeur » noir qui, s'étant porté candidat pour louer un appartement dans un complexe immobilier, s'était vu répondre qu'il n'y avait aucun logement disponible, alors que son alter ego blanc se voyait proposer une location. L'entreprise immobilière avait tenté de contester son intérêt à agir, soutenant qu'il ne pouvait être considéré comme victime de discrimination au motif qu'il ne cherchait pas réellement un logement. Mais la Cour suprême a écarté cet argument et jugé ce recours recevable : un traitement défavorable lié à l'origine raciale constitue une discrimination, quels que soient les motifs pour lesquels la personne s'est portée candidate à un logement ou un emploi¹⁷. Autre exemple, dans l'affaire *Fair Employment Council v. BMC Marketing* (1993), l'action a été initiée par une ONG conjointement avec deux étudiants noirs ayant participé à un test auprès d'une agence de placement : ils ne s'étaient vu proposer aucun emploi, contrairement aux deux testeurs blancs présentant des qualifications identiques¹⁸.

En France également, des recours ont été introduits par des « testeurs », à la suite notamment de tests de situation organisés par l'ONG SOS Racisme pour débusquer la discrimination contre les personnes d'origine maghrébine à l'entrée des discothèques¹⁹. Ces actions ont là aussi été jugées recevables. Elles ont par ailleurs conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation à reconnaître la validité du *testing* (comme on l'appelle en France) comme mode de preuve²⁰. Pour ce qui est des

¹⁶ U.S. Supreme Court, *Havens Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982).

¹⁷ Ibid. Voy. aussi R. V. O. Boggs, J. M. Sellers, and M. Bendick, *op. cit.*, pp. 364-367. L'ONG qui avait organisé le test était elle aussi partie au recours.

¹⁸ U.S. District Court for the District of Columbia, *Fair Employment Council v. BMC Marketing*, 829 F. Supp. 402 (D.D.C. 1993) June 18 1993. Voy. aussi les affaires citées par M. J. Yelnosky, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁹ SOS Racisme a organisé d'autres tests pour évaluer la discrimination dans l'accès aux campings de vacances. Ces tests ont également débouché sur des actions en justice. Voy. L. Collet-Askri, « La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... À propos de l'arrêt du 11 juin 2002 », *Recueil Dalloz*, 2003, Chronique, pp. 1309-1314, note 50 et *Le Monde*, 9 août 2002.

²⁰ Cass. Crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n°131, p. 482. Voy. aussi Cass. Crim., 12 septembre 2000, n° 99-87.251 (qui admet implicitement la validité de ce moyen probatoire). Sur l'usage des tests de situation comme mode de preuve en droit français, voy. R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Thèse de doctorat, Université de Nanterre, 2020, pp. 595-604 ; T. Gründler et J.-M. Thouvenin, *La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité. Les obstacles à la reconnaissance juridique des*

recours civils et administratifs, la loi française sur la lutte contre la discrimination a été amendée en 2017 pour y indiquer que le « fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité de la partie défenderesse. »²¹

Une telle situation, à notre connaissance, n'a jamais été soumise à des tribunaux belges. La question de savoir si, au regard du droit belge, un intérêt à agir pourrait être reconnu à des « testeurs » se plaignant de discrimination n'a donc pas encore été tranchée.

Deuxième cas de figure, un plaignant *qui cherchait réellement à accéder à un emploi, un logement ou un service* et estime avoir subi une discrimination, introduit un recours et invoque, parmi différents éléments de preuve, un *test de discrimination réalisé auprès de l'entreprise mise en cause mais dans d'autres circonstances*. Le test, ici, n'est pas suffisant à lui seul pour prouver la discrimination subie par le plaignant car il implique des personnes différentes, qui ont été en contact avec l'entreprise à un autre moment que ce dernier²². Mais il vise à démontrer que le défendeur pratique habituellement la discrimination, ce qui renforce l'allégation du plaignant d'avoir été discriminé. Ainsi, aux États-Unis, certaines ONG subsidiées par le *U.S. Department of Housing and Urban Development* pour fournir une assistance aux victimes de discrimination, peuvent, suite à une plainte crédible, envoyer des « testeurs » auprès des propriétaires soupçonnés de pratiquer la discrimination²³. Si le test est concluant, il peut être utilisé en justice par la victime initiale²⁴.

Enfin, troisième hypothèse, *une personne qui est réellement en recherche d'emploi, de logement ou d'un autre bien ou service*, qui a vu sa candidature refusée et soupçonne une discrimination, demande à un autre individu de se porter candidat au *même poste, bien ou service* afin de comparer la réaction de l'entreprise²⁵. Par exemple, un homme s'exprimant avec un accent étranger se porte candidat pour louer un appartement et se voit répondre qu'il a déjà été attribué à un locataire, alors que l'annonce est toujours en place. Il demande alors à l'une de ses connaissances, qui parle sans accent, de contacter ce même propriétaire en se disant intéressée par l'appartement. Si ce dernier lui répond que le logement est toujours vacant, cette attitude accrédite fortement l'allégation de discrimination à l'encontre du premier candidat. Contrairement au cas de figure précédent, le test ne sert pas ici à prouver une pratique habituelle de discrimination, mais un comportement discriminatoire *dans cette situation précise*. On peut parler dans ce cas de « recours à un comparateur »²⁶. Le fait que le propriétaire ait donné au candidat initial une réponse *a priori* mensongère rend son comportement particulièrement suspect. La force probante du test, pour autant qu'il repose sur une méthodologie rigoureuse (voy. *infra* section II.4), sera donc spécialement forte.

discriminations, Recherche réalisée avec le soutien de la mission de recherche Droit et Justice, Juin 2016, pp. 65-68 et G. Calvès, « Au service de la connaissance et du droit : le testing », *Horizons stratégiques*, 2007/3, n°5, pp. 8-16.

²¹ Art. 4 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF n°0123 du 28 mai 2008, modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017.

²² M. Bendick, *op. cit.*, p. 30.

²³ Les subsides accordés à ces ONG s'inscrivent dans le cadre du Fair Housing Initiative Programme du *U.S. Department of Housing and Urban Development* : https://www.hud.gov/program_offices/fair_housing_equal_opp/partners/FHIP.

²⁴ Notons que lorsqu'une ONG décide de lancer une campagne de tests de situation, le choix des entreprises testées peut être lié au fait que l'organisation a, par le passé, reçu des signalements de discrimination à son encontre. Tel était le cas, par exemple, des discothèques sélectionnées par SOS Racisme dans le cadre des opérations de *testing* qu'elle a menées dans les années 1990 (L. Collet-Askri, *op. cit.*, n° 30).

²⁵ Voy. les exemples tirés de la jurisprudence belge cités aux notes 44 et 45.

²⁶ Cette expression est utilisée par la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations dans son premier rapport d'évaluation (Février 2017, §§ 306-309).

Quant à l'enquête par client mystère, à notre connaissance, elle n'a pas encore été utilisée comme mode de preuve en justice. On peut imaginer deux situations dans lesquelles un test basé sur cette méthode pourrait être invoqué en justice comme moyen de preuve d'une discrimination.

Dans une première hypothèse, un travailleur ou un candidat locataire, estimant avoir été discriminé par une agence de placement ou une agence immobilière, attaquerait celle-ci en justice et invoquerait, comme moyen de preuve parmi d'autres, une enquête par client mystère qui aurait été réalisée auprès de cette agence. Dans ce contexte, le résultat du test ne permettrait pas à lui seul de prouver que le plaignant a été discriminé mais il pourrait accréditer ses griefs en démontrant une tendance générale de l'entreprise à accepter des demandes discriminatoires.

Dans la seconde hypothèse, suite à un test par client mystère réalisé auprès d'une agence de placement ou d'une agence immobilière et qui se serait révélé concluant (l'agence ayant accepté la demande discriminatoire du client fictif), l'auditorat du travail ou le ministère public²⁷, Unia, l'IEFH, ou encore un groupement d'intérêt au sens des lois anti-discrimination (association ou syndicat en particulier)²⁸, initie une action en justice pour dénoncer le caractère discriminatoire de la politique suivie par l'entreprise concernée et demander soit la cessation de cette pratique (au civil), soit la sanction de l'auteur (au pénal).

Deux difficultés pourraient toutefois se présenter dans ce deuxième cas de figure. On pourrait tout d'abord objecter que le seul fait, pour une entreprise, de montrer sa disposition à discriminer sur demande d'un client n'équivaut pas à commettre une discrimination. Cette objection, cependant, ne vaut pas si l'enquête par client mystère est invoquée pour soutenir, non pas qu'une discrimination a été commise lors du test lui-même, mais qu'il constitue un indice de ce que l'entreprise applique, de manière générale, une politique discriminatoire (puisqu'elle répond favorablement aux demandes discriminatoires de clients) et qu'elle a donc déjà commis des discriminations. L'enquête par client mystère servirait, en d'autres termes, à établir une *présomption* de discrimination, laquelle pourrait être renversée par le défendeur s'il apporte la preuve qu'en réalité, il ne pratique pas de discrimination. Ce raisonnement ne serait cependant recevable que dans le cadre d'une action civile ou administrative dans laquelle la règle du partage de la charge de la preuve, reposant sur un mécanisme de présomption, est applicable (voy. *infra* section II.2). Il trouve un appui dans l'arrêt *Feryn* du 10 juillet 2008 de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour y déclare que des déclarations publiques (en l'occurrence, une interview dans la presse) d'un employeur par lesquelles il fait savoir que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale peuvent constituer des « faits de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire »²⁹. Certes, dans l'hypothèse d'un test par client mystère, les déclarations de l'employeur ne sont pas publiques. Mais dans les deux cas, l'argument consiste à dire que les propos de l'employeur, ou de son

²⁷ Soulignons qu'en vertu des lois anti-discrimination, le ministère public et l'auditorat du travail sont habilités à initier une action en cessation devant le président respectivement du tribunal de première instance et du tribunal du travail pour demander la cessation d'un acte discriminatoire. Voy. art. 20, § 1, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (ci-après « loi anti-discrimination ») ; art. 18, § 1 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, réformée par la loi du 10 mai 2007 (ci-après « loi anti-racisme ») et art. 25, § 1, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination des femmes et des hommes (ci-après « loi genre »).

²⁸ La notion de « groupements d'intérêt » désigne des entités habilitées par la législation anti-discrimination, à certaines conditions, à ester en justice pour discrimination, à savoir des établissements d'utilité publique et des personnes morales se proposant par leurs statuts de défendre les droits humains ou de combattre la discrimination ainsi que les organisations représentatives des travailleurs et des employeurs (voy. art. 4, 2°, et art. 30 de la loi anti-discrimination).

²⁹ CJUE, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn VN*, arrêt du 10 juillet 2008, point 31.

représentant³⁰, révèlent la politique appliquée par l'entreprise³¹. Naturellement, dans notre hypothèse, la position des demandeurs serait renforcée si, outre les résultats du test par client mystère, ils pouvaient faire état d'autres éléments indiquant l'existence de pratiques discriminatoires de la part de l'entreprise concernée. Dans le cadre d'une procédure pénale, où la règle du partage de la charge de la preuve n'est pas d'application, le résultat d'une enquête par client mystère ne serait sans doute pas suffisant pour établir une pratique discriminatoire mais pourrait, combiné à d'autres éléments de preuve, contribuer à créer un faisceau d'indices sérieux et concordants.

La seconde difficulté potentielle tient au fait qu'une enquête par client mystère présentant un résultat positif ne crée pas de victime clairement identifiable puisque la volonté de discriminer démontrée par l'entreprise concerne, non pas un individu déterminé, mais tout travailleur ou candidat locataire (ou acheteur) présentant le critère protégé en cause. Là encore, l'arrêt *Feryn* permet de répondre à cette objection. La Cour de justice y dit clairement qu'un juge peut conclure à une discrimination même en l'absence de plaignant identifiable³². Elle précise qu'au regard des directives anti-discrimination, un État membre peut habiliter un organisme de promotion de l'égalité ou des associations à introduire des procédures en justice pour discrimination sans agir au nom d'un plaignant déterminé ou en l'absence de plaignant identifiable³³. En l'espèce, c'est Unia qui avait introduit un recours contre le chef d'entreprise ayant tenu les propos litigieux dans la presse. Cet arrêt *Feryn* est également intéressant pour notre objet à un troisième titre : la Cour y écarte l'idée que la volonté de satisfaire les souhaits de ses clients pourrait justifier une politique d'exclusion des travailleurs d'une certaine origine. Les conclusions de l'avocat général sont explicites sur ce point : il observe que l'« affirmation de M. Feryn selon laquelle les clients ne seraient pas favorablement disposés à l'égard d'employés d'une origine ethnique déterminée est totalement dénuée de pertinence pour la question de l'application de la directive 2000/43 »³⁴.

Soulignons enfin que si les tests de situation et les enquêtes par client mystère sont très utiles pour mettre au jour certaines formes de discrimination, elles présentent aussi des limites. Le test de situation est indiqué pour identifier des comportements discriminatoires dans l'accès à un emploi, un bien ou un service, tel qu'un processus d'embauche, de location d'un logement ou de sélection à l'entrée d'une discothèque. En revanche, il ne permet pas d'étudier des pratiques discriminatoires qui se déploieraient dans le cadre d'une relation de travail ou d'un autre rapport contractuel. On ne peut, par ce procédé, détecter des discriminations dans les promotions, les licenciements ou encore dans les ruptures de bail. En outre, sachant que cette méthode requiert de confronter l'ormique

ganisation testée à des candidats présentant des profils qui soient, autant que possible, similaires, elle convient surtout à des processus de sélection relativement simples. Dans le cas d'un recrutement, plus les compétences requises pour le poste sont complexes, plus il sera difficile de constituer des profils équivalents en termes de qualifications et d'expérience. Quant à l'enquête par client mystère, comme déjà observé, elle ne permet de révéler des discriminations que dans la

³⁰ La Cour de justice confirme sa jurisprudence *Feryn* dans l'arrêt *Accept*, dans lequel elle précise que, pour qu'une présomption de discrimination soit établie dans un tel cas de figure, l'auteur des déclarations portant sur la politique d'embauche d'une entité déterminée ne doit pas nécessairement avoir la capacité juridique de définir directement cette politique ou en encore de lier ou de représenter cette entité en matière d'embauche (CJUE, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, arrêt du 5 avril 2013, point 47).

³¹ Dans l'arrêt *Feryn*, la Cour de justice mettait aussi en avant le fait que des déclarations publiques telles que celles en cause en l'espèce sont de nature à dissuader sérieusement certains candidats de postuler et font donc obstacle à leur accès au marché du travail (arrêt *Feryn*, point 28). Cet argument n'est pas transposable au cas de l'enquête par client mystère puisque dans ce cas, il n'est pas question de déclarations publiques mais d'une discussion entre un représentant de l'entreprise et un client.

³² CJUE, C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn VN*, arrêt du 10 juillet 2008, point 23. Voy. aussi CJUE, C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, arrêt du 5 avril 2013, point 36.

³³ Arrêt *Feryn*, point 27.

³⁴ Conclusions de l'Avocat Général M. M. Poiares Maduro présentées le 12 mars 2008, aff. C-54/07, para. 18.

situation particulière d'une entreprise exerçant un rôle d'intermédiaire entre un client, d'une part, et, d'autre part, un travailleur ou un candidat à l'accès à un bien ou service.

2. Le test de discrimination comme mode de preuve dans une procédure civile : la règle du partage de la charge de la preuve

La grande majorité des actions en justice introduites pour discrimination sont de nature civile. Toute discrimination, quel que soit le critère protégé en jeu, peut en effet être dénoncée à travers une procédure civile. En revanche, seuls certains comportements discriminatoires font l'objet d'une incrimination pénale. Dans les lois anti-discrimination fédérales, c'est le cas, d'une part, de toute discrimination (intentionnelle) commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions³⁵ et, d'autre part, des discriminations (intentionnelles) liées à un motif racial ou au genre, commises par toute personne, dans le secteur des relations de travail ou dans l'accès aux biens et services³⁶. Certaines entités fédérées ont établi des incriminations pénales supplémentaires dans la législation anti-discrimination qu'elles ont adoptée dans leur champ de compétences³⁷. Dans toutes ces hypothèses, la victime a le choix entre porter plainte au civil ou au pénal.

Dans les procédures civiles pour discrimination, une norme particulière s'applique sur le plan probatoire, celle du partage de la charge de la preuve. La possibilité de prendre en compte un test de discrimination comme mode de preuve doit être envisagée à la lumière de ce dispositif.

En règle générale, dans une procédure civile, chaque partie supporte la charge de prouver les faits qu'elle allègue³⁸. En matière de discrimination, cependant, il a été constaté depuis longtemps qu'il est souvent extrêmement difficile pour la victime d'apporter la preuve du caractère discriminatoire du traitement subi. La discrimination a en effet ceci de particulier que dans bien des cas, elle ne laisse pas de trace matérielle, comme un écrit attestant clairement de la motivation discriminatoire d'un refus d'embauche. Et lorsque des documents existent qui permettraient d'étayer l'allégation de discrimination, comme les dossiers des autres candidats à un emploi ou à un logement, ils sont souvent aux mains de la partie accusée de discrimination³⁹. Aussi, le droit de l'Union européenne a-t-il introduit un mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve⁴⁰, lequel a été transposé en droit belge : lorsqu'une personne qui se dit victime de discrimination invoque devant une juridiction des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des motifs protégés, la charge de la preuve se déplace du demandeur vers le défendeur et il incombe

³⁵ Art. 23 de la loi anti-racisme, art. 28 de la loi genre et art. 23 de la loi anti-discrimination.

³⁶ Art. 24 et 25 de la loi anti-racisme ; art. 28/1 et 28/2 de la loi genre.

³⁷ La Région de Bruxelles-Capitale, dans les limites de ses compétences, punit de sanctions pénales toute discrimination intentionnelle commise dans le secteur de l'emploi quel que soit le critère protégé en cause (art. 18-19 de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi). La législation adoptée par la Région flamande incrimine toute discrimination directe en matière d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, d'accompagnement de la carrière ou de placement (art. 11 du Décret du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi).

³⁸ Ce principe de base n'a pas été modifié par la réforme du droit de la preuve entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2020. Voy. l'article 8.4, al. 1, du Livre 8 du Code civil (« Celui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou les faits qui la fondent »).

³⁹ Sur la question de l'accès des victimes de discrimination aux documents leur permettant de prouver la discrimination alléguée, voy. la contribution de F. Kéfer et A. Farcy au présent ouvrage.

⁴⁰ Art. 8 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; art. 10 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; art. 19 de la Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte). Le principe du partage de la charge de la preuve a initialement été dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne. Cf. CJUE, aff. C-127/92, *Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, arrêt du 27 octobre 1993, § 14.

à ce dernier de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination⁴¹. Autrement dit, lorsqu'un plaignant met en avant des éléments qui laissent soupçonner qu'il y a eu discrimination, sans pouvoir l'établir avec certitude, une présomption de discrimination peut être établie par le juge. Cette présomption peut être renversée si la partie adverse prouve que la mesure contestée repose en réalité sur un motif non discriminatoire. C'est en ce sens qu'un partage de la charge de la preuve entre le demandeur et le défendeur est institué par le législateur. Cette règle, soulignons-le, est applicable aux procédures civiles et administratives mais non aux procédures pénales⁴².

Notons que la réforme du droit de la preuve, entrée en vigueur en novembre 2020, a instauré de manière générale la faculté pour le juge de décider d'un déplacement de la charge de la preuve d'une partie vers l'autre dans les cas où il estime que l'application des règles ordinaires de preuve serait manifestement déraisonnable. Les conditions d'application de cette faculté sont toutefois assez strictes : le juge ne peut y avoir recours que « dans des circonstances exceptionnelles », après avoir ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et tenté d'obtenir la collaboration des parties à l'administration de la preuve sans obtenir de preuve suffisante⁴³. Dans une affaire de discrimination, par contre, le déplacement de la charge de la preuve n'est pas soumis à ces exigences⁴⁴. Il peut être opéré dès lors que le demandeur apporte des éléments suffisants pour faire présumer une discrimination.

Un test de discrimination concluant ne suffit pas forcément à prouver avec certitude qu'il y a eu discrimination dans un cas précis. Mais il permet à tout le moins de montrer soit que le défendeur pratique habituellement la discrimination, soit qu'il a menti au plaignant. L'un ou l'autre de ces constats fait apparaître le comportement du défendeur comme suspect. Selon les circonstances, le résultat du test pourra suffire à lui seul à établir une présomption de discrimination ou contribuer, combiné à d'autres éléments, à générer une telle présomption, entraînant un glissement de la charge de la preuve vers la partie adverse.

De fait, la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination – qui constituait la première tentative du législateur belge de transposer les directives anti-discrimination adoptées en 2000 par l'Union européenne mais qui fut abrogée en 2007 –, citait, parmi les exemples de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, le résultat d'un test de situation révélant une disparité de traitement liée à un motif protégé⁴⁵. Elle prévoyait cependant qu'un arrêté royal serait adopté pour régler les modalités de mise en œuvre de tels tests. Cet arrêté royal ne vit jamais le jour, faute de consensus politique⁴⁶.

⁴¹ Art. 28, § 1 de la loi anti-discrimination ; art. 30, § 1 de la loi anti-racisme ; art. 33, § 1 de la loi genre. Les décrets et ordonnances relatives à la non-discrimination contiennent des dispositions similaires.

⁴² Art. 29 de la loi anti-racisme ; art. 27 de la loi anti-discrimination ; art. 32 de la loi genre. La formulation de ces lois laisse penser que la règle du partage de la charge de la preuve n'est pas non plus applicable aux procédures civiles pour discrimination qui seraient initiées par le procureur du Roi ou l'auditeur du travail (voy. art. 30, § 1, de la loi anti-racisme, art. 28, § 1, de la loi anti-discrimination et art. 33, § 1, de la loi genre). En ce sens, G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGENBROECK, « L'action en cessation en matière de discrimination », in C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGENBROECK (eds.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, la Charte/die Keure, 2008, pp. 361-413, p. 397.

⁴³ Art. 8.4, al. 5, du Livre 8 du Code civil. Sur la réforme du droit de la preuve, voy. S. Gilson, F. Lambinet et H. Preumont, « La preuve en droit du travail : évolutions et questions particulières », *Orientations 2020/10*, pp. 4-37, spéc. pp. 8-9.

⁴⁴ Les dispositions régissant l'administration de la preuve en matière de discrimination constituent une « *lex specialis* », dérogeant à la « *lex generalis* » (principe consacré à l'article 2 du Code judiciaire).

⁴⁵ Art. 19, §§ 3 et 4, de la Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, M.B., 17 mars 2003. Cette loi a été abrogée en 2007 par la Loi anti-discrimination (art. 51).

⁴⁶ Voy. V. van der Plancke, « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 41. La Cour d'appel de Bruxelles, considérant que l'absence d'arrêté d'exécution endéans un délai de quatre ans dépassait les limites du raisonnable, a estimé que cette attitude était constitutive

Vu la controverse politique ayant entouré la tentative d'élaborer un arrêté royal sur ce point, le choix fut fait de ne plus mentionner expressément les termes « tests de situation » dans les trois lois fédérales anti-discrimination adoptées ou réformées en 2007⁴⁷. Cependant, dans les travaux parlementaires précédant la réforme législative de 2007, il est expressément affirmé que ce procédé est admissible⁴⁸. En outre, le texte même des trois lois anti-discrimination actuelles cite, en matière de preuve, des éléments qui rejoignent en pratique la notion de test de situation. Parmi les exemples de faits permettant de générer une présomption de discrimination directe, figurent ainsi « les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence » et « les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorables à l'égard de personnes partageant un motif protégé »⁴⁹. Or, un test de situation suppose de comparer le traitement réservé à plusieurs personnes dont les profils sont parfaitement *comparables*. Dans certains cas, il permettra d'établir que le plaignant a été moins bien traité qu'une autre personne ayant participé au test – correspondant au premier des deux exemples mentionnés. Dans d'autres hypothèses, un test de situation ou une enquête par client mystère permet de démontrer qu'un acteur économique pratique de façon répétée la discrimination, autrement dit qu'il y a *récurrence* de traitements défavorables. Ce cas de figure rencontre le deuxième exemple cité dans les lois anti-discrimination⁵⁰.

En tout état de cause, les éléments énumérés dans ces lois ne le sont qu'à titre d'exemples. Ils n'épuisent pas la liste des faits sur lesquels un juge peut s'appuyer pour établir une présomption de discrimination⁵¹. La législation admet donc au moins implicitement qu'un test de situation ou par client mystère concluant peut constituer un fait susceptible de générer une présomption de discrimination.

Plusieurs décisions de jurisprudence ont confirmé la recevabilité en droit belge du résultat d'un test de discrimination comme moyen de preuve. Elles concernent toutes des situations correspondant au troisième cas de figure distingué ci-dessus (cf. section II.1). Dans une affaire soumise à la Cour du travail d'Anvers, un demandeur d'emploi, qui portait un nom à consonance marocaine, avait répondu par téléphone à une offre d'emploi de monteur de meuble. Après avoir prononcé son nom, il s'était vu répondre par l'employeur que le poste était déjà pourvu. Une de ses connaissances, portant un nom à consonance flamande et parlant avec l'accent anversoise, avait alors contacté le même employeur. Il avait, lui, été invité à un entretien. La Cour a estimé que ces faits permettaient de présumer une discrimination. Comme le défendeur s'était montré incapable de renverser cette présomption, elle a conclu à une discrimination⁵². Dans un arrêt du 28 septembre 2020, la Cour

d'une faute dans le chef de l'État belge, génératrice d'un dommage pour le justiciable qui, en l'absence d'arrêté royal, n'a pu faire valoir ses droits en démontrant la discrimination. Voy. Bruxelles, 14 octobre 2010, *T.V.R.*, 2011, p. 15.

⁴⁷ I. Rorive et V. van der Plancke, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux et Ch. Bayart, *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, éd. La Charte, 2008, pp. 415-461, spéc. pp. 442-443.

⁴⁸ Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre, par Eric Libert, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, 19 mars 2007, pp. 69 à 81, <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/51/2720/51K2720009.pdf>.

⁴⁹ Art. 28, § 2, 1° et 2°, de la loi anti-discrimination ; art. 30, § 2, 1° et 2°, de la loi anti-racisme ; art. 33, § 2, 1° et 2°, de la loi genre. Les décrets et ordonnances anti-discrimination adoptés par les entités fédérées reprennent les mêmes termes. Voy., par exemple, art. 29 du décret régional wallon du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

⁵⁰ Soulignons également qu'un test de situation réalisé dans le cadre d'une recherche scientifique suppose, pour être jugé concluant sur un plan statistique, d'indiquer une récurrence de traitements moins favorables des personnes présentant un critère protégé. Voy. la contribution de P.-P. Verhaege au présent ouvrage.

⁵¹ La législation indique : « sont compris, entre autres, mais pas exclusivement ». Voy. art. 28, §§ 2-3, de la loi anti-discrimination ; art. 30, §§ 2-3, de la loi anti-racisme ; art. 33, §§ 2-3, de la loi genre.

⁵² Cour du travail d'Anvers, arrêt du 25 juin 2008, A.R. 2060328 (https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence?category=45|47|347|289&year=2008&require_all=category). Sur cet arrêt, voy. D. Cuypers, « Getuigenbewijs en discriminatie : enkele kritische beschouwingen over de praktijktest en varianten », *T. Vreemd.*, 2009, n°1, pp. 25-30. La décision du tribunal du travail de Bruxelles du 22 avril 2020 peut également

d'appel de Bruxelles a jugé recevable le recours à un procédé similaire dans une affaire de discrimination au logement⁵³. Un homme originaire d'un pays africain, après avoir visité avec l'employé d'une agence immobilière un appartement à louer, avait remis une fiche de candidature. Quelques jours plus tard, l'employé lui répondit qu'un autre locataire avait été choisi. S'étant aperçu que le bien était toujours proposé à la location, l'homme demanda à une autre personne de se renseigner auprès de l'agence sur la disponibilité du bien. Celle-ci se vit répondre que le bien était toujours disponible et proposer une visite. Le candidat initial rappela alors l'agence sans donner son nom et exprima à nouveau son intérêt pour l'appartement. On lui dit que le bien était loué. Les deux conversations furent enregistrées et leur contenu transcrit par un huissier de justice. Celui-ci nota que la deuxième personne, contrairement au candidat initial, n'avait pas d'accent « africain » (selon les termes utilisés dans l'arrêt). La Cour observe qu'hormis leur accent, les deux personnes ayant exprimé leur intérêt pour l'appartement étaient dans une situation comparable. Dès lors, les éléments constatés par huissier constituent des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur la couleur de peau et/ou l'origine nationale ou ethnique. L'agence ne parvenant pas à fournir une explication convaincante pour justifier les réponses différentes fournies aux deux candidats, la Cour conclut qu'il y a eu discrimination⁵⁴.

Depuis un amendement inséré en 2017, la législation de la Région de Bruxelles-Capitale relative à la discrimination dans l'emploi reconnaît quant à elle expressément qu'un test de discrimination positif, réalisé soit par un inspecteur régional de l'emploi (cf. *infra* section III.2), soit par la victime elle-même ou, en soutien d'une victime, par un organisme de promotion de l'égalité (autrement dit Unia ou l'IEFH) ou un groupement d'intérêt (notamment une association ou un syndicat⁵⁵), s'il a été mené conformément aux conditions prévues par la législation (voy. *infra* section II.4 et section III.2), constitue un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte dans les relations de travail⁵⁶. Cette disposition a toutefois une portée limitée dans la mesure où elle ne s'applique que dans les limites des compétences de la Région de Bruxelles-Capitale. Dans les

être mentionnée ici
(https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_04_22_Trib._Trav._Bruxelles.pdf). Dans cette affaire, une femme portant un nom à consonance étrangère, ayant reçu une réponse négative à sa candidature à un emploi, a elle-même présenté une nouvelle candidature sous une identité fictive. Le tribunal a accepté de tenir compte, à titre de preuve, de la réponse apportée par le défendeur à cette candidature fictive. Il observe qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'un « test de situation » mais plutôt d'un « test de comparabilité » (§ 30). Il estime toutefois que la comparaison des réactions de l'employeur à ces deux candidatures ne permet pas d'établir une discrimination. Voy. le commentaire critique de M. Asselbourg et M. Borres « La charge de la preuve en matière de discrimination : quels sont les faits permettant de présumer d'une discrimination ? », in D. Castiaux et D. Liefoghe (dirs), *Quinze années d'application des lois antidiscrimination*, Anthemis, Limal, 2022, pp. 67-96, spéc. pp. 79-80.

⁵³ Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 28 septembre 2020 (https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence?category=45|89|359|295&year=2020&require_all=category). En matière de logement, voy. aussi trib. 1^{ère} instance Bruxelles, 18 octobre 2021 (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2021_10_18_Trib._Bruxelles.pdf).

⁵⁴ Pour ce qui est de la possibilité d'utiliser le résultat d'une enquête par client mystère pour établir une présomption de discrimination, on soulignera que dans l'affaire *Feryn* précitée, la Cour de justice de l'Union européenne avait indiqué que « les déclarations par lesquelles un employeur fait savoir publiquement que, dans le cadre de sa politique de recrutement, il n'embauchera pas de salariés issus d'une certaine origine ethnique ou raciale » constituent des « faits de nature à faire présumer une politique d'embauche discriminatoire » (Arrêt *Feryn* précité, para. 31). Certes, dans le cas d'un test par client mystère, les déclarations de la partie mise en cause ne sont pas publiques mais un raisonnement similaire peut être appliqué : ces déclarations indiquent que telle est la politique suivie effectivement par celle-ci.

⁵⁵ Sur la notion de groupement d'intérêt, voy. *supra* note 28.

⁵⁶ Art. 22, § 3, al. 1^{er}, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, inséré par l'ordonnance du 16 novembre 2017 visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale et art. 4/3, § 5, de l'ordonnance du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations, inséré par la même ordonnance du 16 novembre 2017.

faits, elle ne peut être mobilisée que par des personnes victimes d'une discrimination lors d'une procédure de recrutement réalisée par ou via une société d'intérim, un bureau de placement, ACTIRIS, une société de titres-services, une ALE ou un opérateur d'insertion socio-professionnelle (voy. *infra* section III).

En dehors de cette ordonnance bruxelloise, les autres législations fédérales ou fédérées relatives à la non-discrimination ne précisent pas expressément quelles sont les modalités à respecter dans la réalisation d'un test de discrimination pour qu'il puisse servir de preuve en justice. Celles-ci peuvent cependant se déduire du droit commun (cf. section II.4).

3. Le test de discrimination comme mode de preuve dans une procédure pénale

En matière pénale, compte tenu du principe de la présomption d'innocence, la charge de la preuve repose entièrement sur la partie poursuivante, à savoir le ministère public et/ou la partie civile. Il lui revient de produire les éléments propres à prouver la culpabilité de la personne poursuivie « au-delà de tout doute raisonnable »⁵⁷. Si elle n'y parvient pas, le prévenu ou l'accusé sera acquitté. Ce dernier n'a aucune obligation de collaborer à l'administration de la preuve mais il est naturellement dans son intérêt d'apporter des éléments susceptibles de convaincre le juge de son innocence⁵⁸.

Des données très variées peuvent être invoquées à titre de preuve dans un procès pénal. Le principe est celui de la libre admissibilité de la preuve⁵⁹ : en règle générale, tout élément de preuve est recevable à condition d'être rationnel. Le résultat d'un test de situation ou d'une enquête par client mystère peut donc *a priori* être invoqué à titre de moyen probant. Ainsi, la Cour de cassation française, dans son arrêt du 11 juin 2002, a jugé qu'en refusant de prendre en compte le *testing* produit par les parties dans un procès pénal au motif qu'il aurait un caractère déloyal, les juges d'appel ont violé les dispositions du Code de procédure pénale énonçant que les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve⁶⁰. Le test devra cependant, comme tout moyen de preuve, être soumis à la contradiction des débats : une preuve non soumise à la contradiction doit être exclue⁶¹. Notons par ailleurs que le fait qu'une preuve ait été recueillie de manière illégale ou irrégulière n'est pas en soi une cause d'irrecevabilité de celle-ci, sauf dans les cas énumérés par la loi, qui seront examinés au point suivant⁶².

Dès lors qu'un moyen de preuve est jugé recevable, le juge apprécie librement sa valeur probante. Sauf exception établie par la loi, il n'existe pas de hiérarchie entre les moyens de preuve. À condition de motiver sa décision, le juge est libre de déterminer la valeur et la portée de chaque mode de preuve et d'accorder plus de crédit à un élément qu'à un autre⁶³. Il peut notamment « d'une part, retenir des éléments de fait comme constituant un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes établissant la culpabilité et, d'autre part, rejeter comme non déterminants des

⁵⁷ L. Kennes, *La preuve en matière pénale*, vol. I, Bruxelles, Éditions Kluwer, 2005, p. 13. Voy. aussi J. Ringelheim et V. van der Plancke, « Prouver la discrimination en justice », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dirs), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Anthemis, 2018, CUP, pp. 137-173, spéc. pp. 168-171.

⁵⁸ M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 2021, p. 1317.

⁵⁹ *Id.*, p. 1331.

⁶⁰ Cour de cassation, Chambre criminelle, du 11 juin 2002, 01-85.559. La Cour de cassation se réfère à l'article 427 du Code de procédure pénale français.

⁶¹ M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *op. cit.*, p. 1334. Sur les autres limites au principe de libre admissibilité de la preuve : *ibid.*, pp. 1339-1359.

⁶² C'est sur cette règle, également applicable en droit français, que se fonde l'arrêt précité du 11 juin 2002 de la Cour de cassation française, qui dit « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ; [...] il leur appartient seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire ».

⁶³ M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 1365-1366.

éléments différents ou contraires invoqués par la défense du prévenu»⁶⁴. Si un test de discrimination est invoqué, il revient donc au juge d'apprécier, en fonction des modalités de la réalisation du test et de son résultat, la valeur probante qui doit lui être accordée. Les éléments mis en lumière à travers ce test pourraient donc, seuls ou combinés à d'autres données, fournir un faisceau d'indices sérieux et concordants permettant de fonder l'intime conviction du juge quant à la preuve de l'existence d'un comportement discriminatoire dans le chef du prévenu.

4. Les conditions de réalisation d'un test de discrimination invoqué à titre de preuve en justice

S'il apparaît qu'au civil comme au pénal, un test de discrimination au résultat positif constitue un mode de preuve recevable d'une discrimination, la question des conditions de réalisation d'un tel test appelle plusieurs observations.

Il s'agit d'un moyen de preuve particulier dans la mesure où la personne qui exécute le test joue un rôle, *fait semblant* d'être candidat à un emploi, à un bien ou à un service qui ne l'intéresse pas réellement, et ce, afin d'observer la réaction de l'acteur économique soupçonné de discriminer, lequel ignore faire l'objet d'un test. Le recours à ce procédé se justifie toutefois, dans une tentative de réduction de l'asymétrie d'information qui caractérise les situations de discrimination : le public étant désormais largement au courant de l'interdiction de discriminer, les personnes qui entendent malgré tout pratiquer la discrimination prennent généralement soin de dissimuler la motivation réelle de leur décision. La victime se trouve dès lors souvent démunie pour apporter la preuve de la discrimination subie.

Pour être jugé probant par le juge, le test doit être réalisé avec une certaine rigueur. Conformément aux règles méthodologiques établies par les chercheurs en sciences sociales⁶⁵, il importe tout d'abord, pour que le test soit fiable, que les personnes participant à cette démarche présentent un profil comparable pour ce qui est des critères pouvant légitimement être pris en compte dans le contexte examiné. En outre, le dispositif doit se limiter à permettre de révéler une attitude discriminatoire préexistante : les personnes participant au test ne peuvent chercher activement à provoquer une réaction discriminatoire de la part de la personne testée. Une telle condition peut également se déduire de l'exigence de loyauté de la preuve, applicable au pénal comme au civil⁶⁶.

L'absence de provocation constitue précisément la condition centrale posée par la législation bruxelloise dans le cas d'un test de discrimination réalisé soit par une victime, soit par un organisme de promotion de l'égalité (Unia ou l'IEFH) en soutien d'une victime : pour que ce test puisse constituer un fait susceptible d'établir une présomption de discrimination, il ne peut avoir un caractère provocant au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale⁶⁷. La

⁶⁴ Id., p. 1367. Voy. not. Cass., 17 décembre 2008, RG P.08.1233.F, Pas., 2008, n°737 et Cass. 23 janvier 2008, RG P.07.1437.F, Pas., 2008, n°53.

⁶⁵ Voy. *supra* note 12.

⁶⁶ M. Dall'Amellina et S. Hardy, « La régularité de la preuve en droit civil et en droit pénal », in F. George et N. Colette-Basecqz (dirs), Responsabilité civile et responsabilité pénale, Anthémis, 2021, pp. 453-499. Sur le principe de loyauté dans la procédure pénale, voy. l'art. 28bis, § 3, al. 2, du Code d'instruction criminelle. Voy. aussi l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi qui deviendra la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : « la recherche et l'administration des preuves doit se faire selon des procédés corrects et loyaux (...) » (Avis du Conseil d'État n° 32.967/2, 18 février 2002, *Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, Doc 50 1578/2, p. 9).

⁶⁷ Art. 22, § 3, al. 3, de l'ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, qui renvoie à l'article 4/3, § 4, 1°, de l'ordonnance du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations. Nous

législation bruxelloise précise que le test « doit se borner à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminante en reproduisant, sans excès, un processus d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi » et « ne peut avoir pour effet de créer, renforcer ou confirmer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination directe ou indirecte (...). »⁶⁸ À cette première exigence, la législation bruxelloise ajoute une condition formelle : elle requiert que l'ensemble des actions réalisées lors du test de discrimination et ses résultats soient consignés dans un rapport⁶⁹.

Les personnes réalisant le test doivent être en mesure de produire devant le juge des éléments matériels attestant de ses résultats. Si l'entreprise testée est contactée par courrier (postal ou électronique), le requérant pourra soumettre au tribunal l'ensemble de la correspondance échangée. Mais si les échanges ont lieu oralement, par téléphone ou en face-à-face, le requérant ne disposera pas d'écrit. Deux solutions ont été utilisées dans de tels cas : certains requérants ont fait témoigner la personne ayant servi de comparateur dans le cadre du test⁷⁰, d'autres ont enregistré la conversation pour pouvoir en faire état devant le tribunal⁷¹. Cette dernière méthode offre sans doute le plus haut degré de fiabilité. Un huissier de justice peut en outre être sollicité pour transcrire la conversation⁷².

On pourrait objecter qu'un tel enregistrement, réalisé à l'insu de la personne « testée », entre en conflit avec le respect de la vie privée. Mais cet argument ne pourrait conduire le juge à écarter ce moyen de preuve : selon la jurisprudence de la Cour de cassation, « la loi n'interdit pas aux personnes qui sont parties à la communication d'enregistrer celle-ci »⁷³.

Plus généralement, en l'état actuel du droit belge, une preuve obtenue de façon irrégulière ou déloyale ne doit pas pour autant être considérée comme irrecevable.

En matière pénale, depuis son arrêt du 14 octobre 2003, dit « arrêt Antigone » (du nom de l'opération policière en cause), la Cour de cassation a en effet établi qu'un élément de preuve dont la collecte est entachée d'une irrégularité ne peut être écarté que dans trois hypothèses : lorsque la loi elle-même prescrit le respect des conditions formelles concernées à peine de nullité ; lorsque l'irrégularité a entaché la fiabilité de la preuve ou lorsque l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable⁷⁴. Cette jurisprudence est désormais consacrée à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale⁷⁵. Dans ce contexte, la Cour de cassation a notamment précisé que la « circonstance qu'un élément de preuve a été obtenu en violation du droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention, n'emporte pas nécessairement une violation

reviendrons sur la notion de provocation au sens de l'article 30 du Titre préliminaire lors de l'examen du pouvoir de l'inspection sociale de réaliser des tests (cf. *infra* section III.3)

⁶⁸ Art. 4/3, § 4, 1^o, de l'ordonnance du 30 avril 2009.

⁶⁹ Art. 4/3, § 3, de l'ordonnance du 30 avril 2009. Dans le cas d'un test réalisé par un groupement d'intérêt ou par un fonctionnaire désigné par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, une condition supplémentaire est exigée : le test ne peut être utilisé « qu'à la suite de plaintes ou de signalements et sur la base d'indices sérieux de pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination directe ou indirecte au sein d'un employeur ou d'un secteur d'activité déterminé » (Art. 4/3, § 4, 2^o, de l'ordonnance du 30 avril 2009). Un projet de réforme, actuellement en cours de discussion, prévoit toutefois de réformer cette condition (voy. *infra*).

⁷⁰ Voy. l'arrêt précité du 25 juin 2008 de la Cour du travail d'Anvers (cité *supra*, note 44) et les observations de D. Cuypers, *op. cit.*

⁷¹ Voy. les conseils pratiques fournis par Unia pour aider les candidats locataires victimes de discrimination à prouver que le motif réel d'un refus de location est la discrimination : <https://www.unia.be/fr/sensibilisation-et-prevention/outils/prouver-une-discrimination-raciale-au-logement-comment-le-prouver>.

⁷² Tel avait été le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 septembre 2020 (cf. note 45).

⁷³ Voy. not. Cass., 12 juin 2019, P. 19.0188.F.

⁷⁴ Cass., 14 octobre 2003, P.03.0762.N, www.juridat.be. Sur cette jurisprudence, voy. M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 1345-1359 et S. Gilson, F. Lambinet et H. Preumont, *op. cit.*, pp. 25-28.

⁷⁵ Article inséré par la loi du 24 octobre 2013 modifiant le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne les nullités, M.B., 12 novembre 2013.

du droit à un procès équitable. »⁷⁶ Ce point de vue est également celui de la Cour européenne des droits de l'homme⁷⁷.

Dans un arrêt du 10 mars 2008, la Cour de cassation a étendu cette jurisprudence à la matière civile⁷⁸. Une partie (minoritaire) de la jurisprudence et de la doctrine a cependant considéré que cette extension ne valait que pour les matières qui relèvent de l'ordre public⁷⁹. La législation anti-discrimination étant d'ordre public, cette controverse n'avait en principe pas d'impact sur les procédures civiles pour discriminations : la règle de la recevabilité des preuves obtenues de manière irrégulière devait leur être appliquée même à considérer que l'arrêt du 10 mars 2008 avait la portée limitée que certains lui prêtaient⁸⁰. Avec son arrêt du 14 juin 2021, la Cour de cassation a de toute façon mis fin à la controverse : elle a confirmé que le principe de la recevabilité des preuves recueillies de façon irrégulière a une portée générale en matière civile⁸¹.

En pratique, plusieurs décisions de jurisprudence concernant des affaires de discrimination ont conclu qu'un enregistrement réalisé à l'insu de la personne mise en cause était un moyen de preuve recevable⁸².

Une autre difficulté peut se présenter dans la réalisation d'un test de discrimination : le droit pénal incrimine le port public de faux nom⁸³. Pour éviter tout risque de poursuites de ce chef, il est préférable que les personnes participant à un test utilisent leur véritable nom. Une preuve recueillie moyennant l'usage d'un faux nom ne sera toutefois pas forcément écartée des débats : par application de la jurisprudence Antigone, elle pourra être prise en compte malgré l'illégalité commise⁸⁴.

Un problème d'une autre nature peut se présenter dans l'hypothèse d'une enquête par client mystère. On peut se demander si la personne qui se fait passer pour un client et adresse une demande discriminatoire à une agence de

⁷⁶ Cass., 11 octobre 2017, RG P.170371.F, Pas., 2017, n°545.

⁷⁷ Cour eur. dr. h. (Grande chambre), *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, §§ 90-91 et 94-98 et *Lopez Ribalda et autres c. Espagne*, 17 octobre 2019, §§ 151-152. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs jugé la jurisprudence Antigone conforme au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : *Lee Davies c. Belgique*, 28 juillet 2009, § 47 et *Kalnèniènè c. Belgique*, 31 janvier 2017, § 48.

⁷⁸ Cass., 10 mars 2008, Pas. 2008, p. 652 ; J.L.M.B., 2009, p. 580, note R. De Baerdemaeker.

⁷⁹ S. Gilson, F. Lambinet et H. Preumont, *op. cit.*, pp. 28-31 et M. Dall'Amellina et S. Hardy, *op. cit.*, pp. 470-71.

⁸⁰ Dans sa décision du 17 février 2020, le tribunal du travail de Liège a pourtant écarté des débats des enregistrements de conversations téléphoniques réalisés par le demandeur à l'insu des personnes enregistrées, au motif que ce procédé était illégal. Le tribunal n'évoque toutefois ni l'arrêt de la Cour de cassation du 10 mars 2008 ni le caractère d'ordre public de la loi anti-discrimination invoquée en l'espèce (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_02_17_Trib._Trav._Li%C3%A8ge.pdf).

⁸¹ Cass., 14 juin 2021, C.20.0418.N. Voy. D. Mougénot, « Utilisation des preuves irrégulières en justice : Antigone se met en tenue civile », *J.T.*, 2021, pp. 537-540 ; M. Dall'Amellina et S. Hardy, *op. cit.*, pp. 491-495 et M. Asselbourg et M. Borres, *op. cit.*, pp. 90-91. Adaptant les critères de la jurisprudence Antigone à la matière civile, la Cour indique que les preuves recueillies de manière irrégulière ne pourront être exclues que dans deux cas : lorsque l'irrégularité affecte la fiabilité des preuves et en cas de violation du droit au procès équitable.

⁸² Voy. trib. trav. Anvers, 12 octobre 2020 (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_10_12_Arbrb._Antwerpen.pdf) ; Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 28 septembre 2020 (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2020_09_28_Cour_Bruxelles.pdf) ; Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding et B.D. c V.H.K. et L. B.V.B.A.*, R.G. n° 12/25521/A et 12/2596/A (https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2013_12_10_arbrb._brugge_1.pdf) ; Trib. du commerce de Neufchâteau, 3 mars 2009, RG n°108/2008 (https://www.unia.be/files/Z_ARCHIEF/2009_03_03_comm_neufchateau_2.pdf).

⁸³ L'article 231 du Code pénal punit d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et/ou d'une amende de 25 à 300 euros le fait pour un individu de porter publiquement un nom qui ne lui appartient pas. Concernant l'élément moral de l'infraction, l'article 231 du Code pénal ne requiert qu'un dol général (Corr. Bruxelles, 20 mai 2014).

⁸⁴ En ce sens, trib. trav. Bruxelles, 22 avril 2020, précité (note 52).

placement de travailleurs ou à une agence immobilière ne s'expose pas à l'accusation de commettre par là une injonction de discriminer. Cette notion, qui fait partie des comportements interdits par les lois anti-discrimination, est définie comme « tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés »⁸⁵. En assimilant l'injonction de discriminer à la discrimination effective, le législateur a voulu empêcher que l'on tente, « par l'utilisation d'intermédiaires, d'échapper à l'interdiction de discrimination »⁸⁶. Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence belge qui aurait précisé les contours de cette notion⁸⁷. Le dictionnaire Larousse définit le terme « enjoindre » comme le fait d'« ordonner expressément quelque chose à quelqu'un ». Ainsi, une personne qui chargerait un bureau de sélection (organisme public de placement ou agence d'intérim) de recruter pour elle un travailleur et lui donnerait des instructions discriminatoires, commettrait à notre avis une injonction de discriminer. Mais dans le cadre d'une enquête par client mystère correctement effectuée, le testeur se limite à adresser une question à une entreprise en lui demandant si elle est disposée à appliquer des critères de recrutement discriminatoires. Cette attitude ne peut à notre sens être qualifiée d'injonction de discriminer car elle ne présente pas un caractère suffisamment impératif.

III. La réalisation de tests de discrimination par des agents de l'inspection sociale à des fins de détection et de preuve d'une discrimination dans l'emploi

La Région de Bruxelles-Capitale et l'État fédéral ont adopté, respectivement en 2017⁸⁸ et 2018⁸⁹, des dispositions conférant à leurs inspections sociales le pouvoir de réaliser des tests de discrimination. Ces deux dispositifs sont complémentaires, chaque niveau de pouvoir ne pouvant réglementer la réalisation de tests que dans le champ de ses propres compétences et pour des manquements à sa propre législation. En matière d'emploi, le droit du travail est, en règle, une compétence fédérale⁹⁰. Sont ainsi visées non seulement la formation, l'exécution et la fin du contrat de travail mais aussi le recrutement⁹¹. La loi spéciale de réformes institutionnelles attribue cependant aux Régions un ensemble de compétences particulières qui touchent au fonctionnement du marché du travail, notamment le placement des travailleurs (en ce compris l'agrément des entreprises de travail intérimaire), la mise au travail des demandeurs d'emploi (en ce compris les bénéficiaires d'aides accordées par les CPAS), les agences locales pour l'emploi (ALE) et l'emploi de proximité (en ce compris l'agrément des entreprises de titres-services)⁹². C'est dans ces différents domaines que l'inspection sociale bruxelloise peut désormais réaliser des tests de discrimination. Notons que les autres Régions n'ont

⁸⁵ Voy. art. 4, 13°, de la loi anti-discrimination. Sur cette notion, voy. D. Schiek, L. Waddington and M. Bell, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Hart, 2007, pp. 561-582 ; D. De Prins, S. Sottiaux et J. Vrieling, « De anti-discriminatiewet », *N.j.W.*, n°23, 5 mars 2003, p.270.

⁸⁶ *Doc. Parl.* Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/009, p. 42.

⁸⁷ L'injonction de discriminer a parfois été invoquée en justice mais, dans les cas dont nous avons connaissance, elle n'a pas été retenue par le juge. Voy. trib. 1^{ère} instance de Gand (référé), 31 décembre 2003, *N.j.W.*, n°60, 18 février 2004, pp. 205-206, commenté par D. De Prins in « Stakingsvordering tegen individuele discriminatie – Handelingen gesteld door vertegenwoordigers », *N.j.W.*, n°62, 3 mars 2004, p.261 (propriétaire d'un appartement demandant à l'agent immobilier de faire savoir aux candidats locataires qu'elle ne souhaite pas louer son bien à un couple homosexuel) et trib. 1^{ère} instance Bruxelles, 10 février 2012, <https://www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence/tribunal-de-premiere-instance-bruxelles-10-fevrier-2012> (maintien de la vente d'une bande dessinée véhiculant des préjugés racistes).

⁸⁸ Art. 4/3 de l'ordonnance du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale et à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces réglementations, introduit par l'ordonnance du 16 novembre 2017 visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale.

⁸⁹ Art. 42/1 du Code pénal social introduit dans ce code par la loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi.

⁹⁰ Selon l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, 12°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, l'Etat fédéral est seul compétent pour fixer les règles générales pour le droit du travail et la sécurité sociale.

⁹¹ Conseil d'Etat, avis n° 61.527/1 du 21 juin 2017 sur un avant-projet d'ordonnance visant à lutter contre les discriminations en matière d'Emploi en Région de Bruxelles-Capitale, p. 10.

⁹² Art. 6, § 1^{er}, IX, 1° à 13°, de la Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

jusqu'à présent pas emboîté le pas à la Région de Bruxelles-Capitale et n'ont pas conféré de pouvoir similaire à leur inspection respective.

Cette nouvelle compétence n'est pas inédite en droit belge : elle s'inspire d'un mécanisme instauré auparavant en droit économique. Depuis 2013 et 2014, l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA) et certains fonctionnaires de l'Inspection économique sont autorisés à recourir à la méthode du client mystère pour contrôler le respect, par les entreprises bancaires et financières, de certaines législations visant à protéger les consommateurs⁹³.

Tant au niveau fédéral que régional, la mise en œuvre de ce nouveau dispositif par les inspections sociales a déçu : peu utilisé jusqu'à présent, il n'a pas produit les résultats escomptés en termes de renforcement de la lutte contre les discriminations. Du côté bruxellois, les rapports d'activités de l'Inspection régionale de l'emploi font état d'à peine quatre tests réalisés en 2018, deux en 2019, aucun en 2020 et deux en 2021⁹⁴. Les chiffres de l'inspection sociale fédérale sont plus modestes encore : en janvier 2022, elle n'avait réalisé que deux tests, tous les deux en 2019⁹⁵. Le constat que ce maigre bilan était en partie liée aux difficultés posées par certaines des conditions mises par la législation à l'usage de cette compétence a conduit le législateur fédéral à réformer ce dispositif par une loi du 1^{er} avril 2022⁹⁶. La Région de Bruxelles-Capitale a également entamé un processus de réforme de sa législation en la matière. Au moment de clôturer cette contribution, il n'en était encore qu'à ses prémises⁹⁷.

Nous examinerons les modalités et conditions du dispositif mis en place par l'État fédéral, d'une part (1.), la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part (2.).

1. Le pouvoir de l'inspection fédérale de réaliser des tests de discrimination

La loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi a introduit dans la section du Code pénal social consacrée aux pouvoirs des inspecteurs sociaux un article 42/1 attribuant à certains inspecteurs des pouvoirs particuliers en matière de discrimination, celui de réaliser des tests de discrimination. Avant d'examiner ce dispositif, nous précisons brièvement le rôle et les pouvoirs généraux des inspecteurs sociaux (a). Nous analyserons ensuite le champ d'application de l'article 42/1 et les modalités des tests autorisés (b), les conditions de légalité auxquelles les tests sont soumis (c), l'interdiction de la provocation (d) et la question des infractions que les inspecteurs sont susceptibles de commettre dans ce contexte (e). Nous évoquerons enfin la possibilité pour les inspecteurs de solliciter l'aide de personnes tierces à l'inspection pour réaliser un test.

⁹³ Art. 87quinquies de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, introduite par la loi du 30 juillet 2013 visant à renforcer la protection des utilisateurs de produits et services financiers ainsi que les compétences de l'Autorité des services et marchés financiers, et portant des dispositions diverses ; art. XV-17, § 1, du Code de droit économique, inséré par l'article 4 de la loi du 19 avril 2014 portant insertion du livre VII « services de paiement et de crédit » dans le Code de droit économique et portant diverses autres dispositions et art. XV.3, 9^o du Code de droit économique, inséré par la loi du 29 septembre 2020 modifiant le Code de droit économique et d'autres lois en vue de renforcer les compétences de recherche et d'application conformément au règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n° 2006/2004 et en exécution de celui-ci.

⁹⁴ Ces rapports sont accessibles sur le site <https://economie-emploi.brussels/statistiques>.

⁹⁵ Cinq dossiers supplémentaires avaient été sélectionnés par l'inspection en 2020 comme pouvant potentiellement donner lieu à un test mais en raison de la pandémie de Covid-19, ce projet a été suspendu. Ces informations ont été fournies par l'inspection sociale fédérale aux auteurs de cet article en janvier 2022.

⁹⁶ Loi du 1^{er} avril 2022 modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, *M.B.*, 28 avril 2022.

⁹⁷ Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a, en date du 27 avril 2022, adopté un avant-projet d'ordonnance portant modification de diverses dispositions visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi.

a) Brève présentation du Code pénal social et des inspections sociales fédérales

Le Code pénal social définit, pour les matières du droit social qui sont de la compétence de l'État fédéral, les incriminations, les peines, les pouvoirs des inspections sociales et les principales modalités de poursuite⁹⁸. Même si ce Code ambitionne de réunir en un seul texte l'ensemble du corpus des infractions de droit social fédéral et l'ensemble des règles régissant la prévention, la constatation, la poursuite et la répression de ces infractions, les inspecteurs sociaux peuvent être chargés de surveiller le respect d'autres lois fédérales que celles qui figurent dans le livre II du Code : c'est le cas pour les lois fédérales anti-discriminations dont le contrôle a, pour ce qui concerne les relations de travail, été confié à l'inspection du Contrôle des lois sociales existant au sein du SPF Emploi par différents arrêtés royaux du 24 octobre 2008⁹⁹.

Pour s'acquitter de leurs missions, les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs décrits aux articles 18 à 63 du Code pénal social¹⁰⁰. Ils peuvent « 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 observées » (art. 25), se faire produire les supports d'informations contenant des données sociales (art. 28) mais aussi les autres données qu'ils jugent nécessaires à l'accomplissement de leur mission (art. 29). Ils peuvent également prendre des copies de ces données (art. 34). Le recrutement faisant partie des relations de travail au sens des lois anti-discriminations¹⁰¹, les inspecteurs du Contrôle des lois sociales pourraient, par exemple, solliciter la production d'offres d'emploi et des dossiers de candidatures soumis à un employeur. La pratique a montré, toutefois, qu'en matière de discrimination, ces pouvoirs généraux, dans bien des cas, ne permettaient pas aux inspecteurs de recueillir les éléments nécessaires pour déterminer si un employeur pratique la discrimination. Ce constat a décidé le législateur à leur conférer dans ce domaine la compétence de réaliser des tests de discrimination, compétence consacrée à l'article 42/1 du Code pénal social.

Rappelons enfin que lorsqu'ils constatent une infraction à l'une des lois dont ils assurent le contrôle, les inspecteurs ont un pouvoir d'appréciation sur les suites à y donner¹⁰². Ils peuvent opter pour une réponse non judiciaire comme formuler un avertissement ou fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle. Ils peuvent aussi décider de dresser un procès-verbal constatant l'infraction, qui sera transmis à l'auditorat du travail, lequel décidera s'il convient d'entamer des poursuites¹⁰³. Lorsqu'en revanche, au terme de son enquête, l'inspection fait le constat que les éléments constitutifs d'une infraction pénale ne sont pas réunis, elle peut rédiger un rapport administratif d'enquête. Dans les affaires de discrimination, une copie de ce rapport, expurgé des informations non liées à la législation anti-discrimination, est communiquée à Unia ou à l'IEFH, en vertu

⁹⁸ A propos du Code pénal social, voy. C.E. Clesse, *Droit pénal social*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, R.P.D.B., 2019 ; F. Kéfer, *Précis de droit pénal social*, 2^{ème} éd., Anthémis, 2014.

⁹⁹ Il y a un arrêté royal par loi anti-discrimination. Voy. par exemple l'article 1 de l'arrêté royal consacré à la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

¹⁰⁰ Voy. aussi la contribution de F. Kéfer et A. Farcy au présent ouvrage.

¹⁰¹ Voy., par exemple, l'art. 5, § 2, de la loi anti-discrimination.

¹⁰² F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, *op. cit.*, n°308.

¹⁰³ Lorsqu'est en cause une infraction mentionnée dans le Code pénal social, en cas d'absence de poursuites pénales, la Direction des amendes administratives du SPF Emploi peut décider d'imposer une amende administrative (art. 77 et 78 du Code pénal social). Cette possibilité n'est pas applicable aux infractions aux lois anti-discrimination car elles ne figurent pas dans le Code pénal social.

d'accords de coopérations conclus entre l'inspection et ces organismes¹⁰⁴. Des éléments contenus dans ce rapport pourraient servir de preuve dans le cadre d'une procédure civile¹⁰⁵.

b) Champ d'application et modalités des tests autorisés par l'article 42/1 du Code pénal social

L'article 42/1 du Code pénal social confère aux inspecteurs sociaux un pouvoir particulier dont ils peuvent faire usage dans le cadre d'une enquête sur la discrimination : il les autorise à « se présenter comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé légalement a été ou est commise ».

Cette disposition autorise tant le test de situation que la méthode du client mystère¹⁰⁶ : l'inspecteur se fera passer pour un travailleur (potentiel) dans le premier cas, pour un client (potentiel) dans le second. Le pouvoir d'intervention de l'inspection sociale fédérale étant limité aux matières fédérales, la possibilité de se faire passer pour un client ne semble toutefois pas d'une grande utilité puisque le contrôle des intermédiaires opérant sur le marché du travail est une compétence régionale.

L'article 42/1, § 1, du Code pénal social précise qu'un tel test peut être réalisé « [e]n vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution ». Lors de l'adoption de ce dispositif, l'usage du terme « infraction » a été compris comme impliquant que ces tests ne pouvaient être utilisés que pour permettre la constatation de comportements constitutifs d'*infraction pénale*, et non de simples manquements civils aux lois anti-discriminations. Son champ d'application s'en trouvait sensiblement restreint. Dans le domaine de l'emploi, en effet, seules les discriminations intentionnelles liées à un motif racial ou au genre sont érigées en infraction pénale par les lois fédérales anti-discrimination¹⁰⁷. Le test de discrimination ne pouvait dès lors être utilisé par des inspecteurs pour détecter des discriminations liées, par exemple, à l'âge ou à un handicap.

Le législateur a entendu corriger cette situation. Plus généralement, il a voulu dissiper les doutes qui existaient quant à la possibilité pour les inspecteurs sociaux d'utiliser leurs pouvoirs d'enquête dans leur ensemble pour rechercher et constater des violations des dispositions civiles, et non seulement pénales, des lois anti-discrimination. Aussi, la loi du 1^{er} avril 2022 a-t-elle introduit dans le Code pénal social un nouvel article 42/2 qui énonce que « les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance des législations anti-discriminations et de leurs arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui sans être punissables pénalement sont interdits par ces lois ». Les inspecteurs sociaux peuvent donc utiliser leurs pouvoirs d'enquête, en ce compris celui de réaliser des tests de discrimination, pour constater une discrimination fondée sur tout critère légalement protégé, qu'elle soit ou non punie de sanction pénale.

¹⁰⁴ La communication de ce rapport à Unia et à l'IEFH trouve un fondement légal dans l'article 54 du Code pénal social.

¹⁰⁵ Voy. Cass. soc. (France) 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Le droit ouvrier*, 2014, n° 789, p. 289, cité par F. Kéfer et A. Farcy dans leur contribution (note 72).

¹⁰⁶ La référence appuyée au *mystery shopping* dans les travaux préparatoires s'explique par le fait que le législateur s'est inspiré du droit économique dans lequel cette technique est prévue comme méthode de contrôle de certaines pratiques commerciales. Voy. Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de l'emploi, Exp. des motifs, Doc. 54-2768/001, p. 32-33.

¹⁰⁷ Voy. *supra* notes 35 et 36.

c) Conditions de légalité des tests autorisés par l'article 42/1 du Code pénal social

La légalité des tests est soumise à plusieurs conditions.

Dans sa version initiale, l'article 42/1 exigeait trois conditions cumulatives pour que l'inspection puisse recourir au pouvoir particulier qu'il lui confère : un test ne pouvait être réalisé qu'en présence « d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching ». Le *datamining* est défini comme la « recherche de façon ponctuelle des liens dans des collectes de données afin d'établir des profils pour des recherches plus approfondies » et le *datamatching* comme « la comparaison l'un avec l'autre (de) deux sets de données rassemblées »¹⁰⁸. En matière de discrimination, ces techniques permettent, sur la base d'une comparaison statistique entre deux bases de données, d'identifier des situations ou pratiques – par exemple, l'absence de femmes parmi les cadres d'une entreprise ou le licenciement systématique des travailleurs de plus de cinquante ans¹⁰⁹ – potentiellement révélatrices d'un usage discriminatoire.

Pour être habilitée à procéder à un test de discrimination, l'inspection devait donc disposer au préalable d'une plainte ou d'un signalement visant l'employeur faisant l'objet d'un test¹¹⁰, mais également d'indices complémentaires de discrimination résultant de l'analyse d'informations issues de banques de données pertinentes, le tout démontrant des indications objectives de discrimination. La pratique a montré que cette double exigence était particulièrement difficile à rencontrer. D'abord, le nombre de plaintes pour discrimination reçues par l'inspection reste très limité. De manière générale, les études montrent que seule une minorité des personnes victimes de discrimination portent plainte, soit parce qu'elles ignorent tout simplement qu'elles ont été discriminées, soit parce qu'elles sont réticentes à rapporter cet incident pour diverses raisons¹¹¹. Ensuite, établir des indices de discrimination sur la base d'opérations de *datamining* et *datamatching* s'avère ardu, voire impossible, dans de nombreux cas : d'une part, certains critères protégés ne sont repris dans aucune base de données administratives – il n'existe pas, par exemple, de données sur les candidats à un emploi ou sur les travailleuses enceintes ; d'autre part, les données disponibles sont parfois très dispersées ou obsolètes¹¹². Par ailleurs, en exigeant dans tous les cas que l'inspection dispose d'une plainte, l'article 42/1 dans sa version initiale ne permettait pas à l'inspection de recourir à un test de manière proactive, sur la base d'indices de discrimination provenant d'autres sources¹¹³.

¹⁰⁸ Art. 16, 20° et 21°, du Code pénal social.

¹⁰⁹ Voy. les travaux d'Unia à ce sujet : Recommandation n° 165 du 31 mars 2017, *Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail*, pp. 14-16 (disponible à l'adresse : https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/FED_FR_-_165_-_Recherche_et_contr%C3%B4le_par_les_services_dinspection_du_travail.pdf) et Recommandation du 22 octobre 2020, *Concrétiser l'utilisation du datamining pour lutter contre la discrimination sur le marché du travail* (disponible à l'adresse https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/2020-11-18_Recommandation_Unia_Datamining_FR.pdf).

¹¹⁰ Projet de loi portant des dispositions diverses en matière de l'emploi, Exp. des motifs, *déjà cité*, p. 38.

¹¹¹ Sur le problème du sous-rapportage des faits de discrimination, voy. J. Vrielink, « Le droit de l'égalité fait-il la différence ? Les effets du droit antidiscriminatoire à la lumière des recherches en sciences sociales », J. Ringelheim, G. Herman et A. Rea (dirs.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015, pp. 51-66, spéc. pp. 56-57 et D. Bourguignon et G. Herman, « Les individus stigmatisés face aux programmes de lutte contre la discrimination », in J. Ringelheim, G. Herman et A. Rea (dirs.), *op. cit.*, pp. 139-155, spéc. pp. 146-147.

¹¹² Entretien avec des responsables de directions provinciales du Contrôle des Lois Sociales, 6 octobre 2020. Voy. aussi l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi réformant l'article 42/1 du Code pénal social.

¹¹³ L'enquête proactive est, selon l'article 28bis, § 2, du Code d'instruction criminelle, celle qui « dans le but de permettre la poursuite d'auteurs d'infractions, consiste en la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus... ». Sur la distinction entre une enquête réactive et une enquête

Cette accumulation de conditions semble bien constituer l'un des facteurs majeurs expliquant le faible usage de cette compétence par l'inspection¹¹⁴. Sans surprise, c'est l'un des points sur lesquels porte la loi du 1^{er} avril 2022 : le législateur a assoupli le dispositif en rendant ces trois conditions alternatives plutôt que cumulatives. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, l'inspection peut entreprendre un test « en présence d'indications objectives de discrimination, *ou* à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement *ou* sur la base de résultats de datamining et de datamatching »¹¹⁵.

Il ne paraît pas exclu que les données objectives de discrimination puissent consister dans les résultats d'études répondant aux critères de rigueur scientifique et démontrant un niveau particulièrement élevé de discrimination dans un secteur déterminé. Des entreprises relevant de ce secteur pourraient dans ce cas être visées par un test même si elles n'ont pas fait l'objet d'une plainte ou d'un signalement. Dans son avis sur l'avant-projet de loi réformant l'article 42/1 du Code pénal social, le Conseil consultatif du droit pénal social s'est montré réservé sur cette proactivité. Il a suggéré que l'exposé des motifs apporte des clarifications supplémentaires¹¹⁶. Dans la mesure où les tests nécessitent toujours l'autorisation préalable de l'auditeur du travail (cf. ci-dessous), la proactivité ici envisagée reste cependant largement encadrée.

Au titre des conditions de validité des tests, l'article 42/1 du Code pénal social impose également le respect d'un principe de subsidiarité et de proportionnalité. Le test ne peut être réalisé que « s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance afin de pouvoir constater les circonstances qui sont d'application pour des clients habituels, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels »¹¹⁷. Le test doit donc être justifié au regard de son objectif, qui doit consister à mettre en lumière une manière habituelle de traiter les demandes des travailleurs ou des candidats à un emploi de façon discriminatoire. On retrouve l'idée de proportionnalité qui, selon le Code pénal social, s'impose aux inspecteurs de manière générale¹¹⁸.

Dans sa version originelle, l'art. 42/1, § 5, ajoutait une exigence supplémentaire : le test ne pouvait être opéré que si les constats d'infraction « ne [pouvaient] pas être réalisés d'une autre façon ». En pratique, il est apparu que cette condition était interprétée de façon très restrictive par certains auditeurs du travail dont l'autorisation doit être sollicitée pour réaliser un test (cf. ci-dessous), entravant la capacité de l'inspection à recourir à cette méthode¹¹⁹. Pour contrer ce problème et clarifier la portée de cette condition, la formulation initiale a été remplacée par les mots « et si ces

proactive, voy. Cass., 21 août 2001, P.011203.F ; Cass., 27 février 2002, P.02.0072.F ; Cass, 9 avril 2003, P.03.0302.F.

¹¹⁴ Voy. l'exposé des motifs du projet de loi modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, soumis le 25 janvier 2022, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, DOC 55 2447/1, p. 4. Ce constat émerge aussi de notre entretien avec des responsables de directions provinciales du Contrôle des Lois Sociales, le 6 octobre 2020.

¹¹⁵ Art. 42/1, § 1, du Code pénal social.

¹¹⁶ Conseil consultatif du droit pénal social, Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 sur l'avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination. Le Conseil d'État n'a, quant à lui, pas formulé d'observation à ce sujet : voy. avis n°70.420/1 du 9 décembre 2021 sur un avant-projet de loi 'modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination'.

¹¹⁷ Art. 42/1, § 5, du Code pénal social.

¹¹⁸ Code pénal social, art. 19 : « Le principe de proportionnalité. Lors de l'exécution des pouvoirs visés au présent chapitre, les inspecteurs sociaux veillent à ce que les moyens qu'ils utilisent soient appropriés et nécessaires pour la surveillance du respect des dispositions du présent Code, des lois visées au Livre 2 du présent Code et des autres lois dont ils sont chargés de surveiller le respect ainsi que pour la surveillance du respect des dispositions des arrêtés d'exécution du présent Code et des lois précitées ».

¹¹⁹ Entretien avec des responsables de directions provinciales du Contrôle des Lois Sociales, 6 octobre 2020.

constats ne peuvent, compte tenu du principe de proportionnalité, être faits par d'autres moyens »¹²⁰.

Enfin, de manière à permettre un contrôle préventif des conditions de légalité et du caractère subsidiaire du test, l'article 42/1, § 4, exige de l'inspection sociale qu'elle obtienne « l'accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi » avant de pouvoir procéder à la réalisation d'un test. Cette exigence est perçue comme un gage de sécurité par l'inspection sociale : vu le caractère particulier du pouvoir qui leur est conféré par cet article, les inspecteurs que nous avons rencontrés jugent positivement le fait de ne pouvoir y recourir qu'avec l'aval d'un magistrat¹²¹. L'article 42/1, § 4, requiert également que toutes les actions entreprises lors de la recherche et leurs résultats soient consignées dans un rapport qui doit être communiqué à l'auditeur du travail ou au procureur du Roi.

d) L'interdiction de la provocation

En ce qui concerne le déroulement des tests, l'article 42/1, § 5, du Code pénal social précise que les personnes faisant l'objet des constatations « ne peuvent pas être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ». Aux termes de cet article 30, il y a provocation « lorsque, dans le chef de l'auteur, l'intention délictueuse est directement née ou est renforcée, ou est confirmée alors que l'auteur voulait y mettre fin, par l'intervention d'un fonctionnaire de police, d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire ou par un infiltrant civil dans le cadre de l'infiltration civile (...). » En cas de provocation, l'action publique est irrecevable en ce qui concerne ces faits. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, toutefois, « [i]l n'est pas question de provocation lorsque l'intention de commettre l'infraction est née indépendamment de toute intervention du fonctionnaire de police ou d'un tiers agissant à la demande expresse de ce fonctionnaire, ce dernier s'étant borné à créer l'occasion de commettre librement un fait punissable en des circonstances telles qu'il peut en constater la perpétration tout en laissant l'opportunité à l'auteur de renoncer librement à son entreprise délictueuse »¹²². Cette question relève de l'appréciation souveraine du juge du fond¹²³. La transposition de cette jurisprudence au test de discrimination pratiqué par un inspecteur social implique que ce test doit se limiter à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminatoire.

e) La protection des inspecteurs contre le risque de poursuites pénales

La réalisation d'un test de discrimination a ceci de particulier qu'elle peut impliquer la commission de faits susceptibles d'être qualifiés de comportements infractionnels. Ainsi, l'utilisation d'une identité d'emprunt de manière à ne pas être identifié en tant qu'inspecteur pourrait être considérée comme un port public de faux nom tandis que la constitution d'un *curriculum vitae* ou d'un diplôme fictif pourrait susciter une accusation de faux en écriture. Certes, la question de savoir si les éléments constitutifs de ces infractions sont susceptibles d'être réunis dans le chef des inspecteurs qui réalisent un test de discrimination, prête à discussion. Sans pouvoir examiner ce problème en détail ici, soulignons que l'infraction de faux en écriture suppose que l'auteur ait agi « avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire ». Comme l'observe C.-E. Clesse, « il ne pourrait être reproché à un inspecteur du travail d'agir avec un dessein de nuire dès lors qu'il ne cherche qu'à mettre en lumière une discrimination »¹²⁴. Les écrits concernés doivent en outre être des « écrits pouvant faire preuve dans une certaine mesure, c'est-à-dire qui s'imposent à la confiance publique, de sorte que l'autorité ou les particuliers qui en prennent connaissance ou auxquels ils sont

¹²⁰ Art. 42/1, § 5, 2^{ème} al, du Code pénal social.

¹²¹ Entretien avec des responsables de directions provinciales du Contrôle des Lois Sociales, 6 octobre 2020.

¹²² Cass. 4 mars 2014, P.14.0333.N. voy. aussi Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, n° 337; Cass., 17 décembre 2002, *Pas.*, 2002, n° 675; Cass., 1^{er} octobre 2008, *Pas.*, 2008, n° 516.

¹²³ Cass. 4 mars 2014, P.14.0333.N.

¹²⁴ Ch.-E. Clesse, « *Le mystery shopping* en matière de discrimination », *J.T.T.*, 2018, p. 199.

présentés peuvent se convaincre de la réalité de l'acte ou du fait juridique constaté par ces écrits ou sont en droit de leur accorder foi »¹²⁵. Cette définition ne semble pas concerner un faux curriculum mais pourrait s'appliquer à un faux diplôme¹²⁶.

En tout état de cause, il en résulte une certaine insécurité juridique pour les inspecteurs sociaux¹²⁷. Un mécanisme a donc été prévu pour les protéger contre d'éventuelles poursuites. Dans sa version initiale, l'article 42/1 du Code pénal social prévoyait que les inspecteurs étaient « exemptés de peine » s'ils commettaient des faits punissables, « dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité » (§ 3). Quatre conditions étaient néanmoins requises pour que cette protection puisse jouer : il fallait que les faits punissables aient été commis avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi ; qu'ils aient été « absolument nécessaires » ; « proportionnels à l'objectif visé » et qu'ils n'aient pas constitué des faits plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche était mise en œuvre.

Ce mécanisme soulevait deux difficultés. D'abord, en accordant aux inspecteurs une exemption de peine, il prenait la forme d'une cause d'excuse. Or, l'excuse absolutoire, prévue dans le dispositif originel, présente l'inconvénient de ne pas faire disparaître l'infraction : elle a seulement pour effet de dispenser de peine et non d'exonérer son auteur de toute responsabilité¹²⁸. Ensuite, le choix de subordonner la protection à la condition que les faits punissables commis ne soient pas plus graves que ceux pour lesquels la méthode est mise en œuvre – condition empruntée à la législation relative aux méthodes particulières de recherche auxquelles peuvent recourir les fonctionnaires de police enquêtant sur des faits de terrorisme ou de criminalité grave¹²⁹ – s'avérait très problématique appliquée au domaine de l'anti-discrimination : les discriminations sont en effet passibles de peines moins lourdes (habituellement un mois à un an d'emprisonnement et/ou une amende de cinquante à mille euros)¹³⁰ que certains faits punissables, tel le faux en écriture¹³¹, susceptibles d'être commis à l'occasion d'un test. La protection juridique que le législateur avait voulu accorder aux inspecteurs pouvait dès lors s'en trouver inopérante.

Afin d'améliorer la protection juridique des inspecteurs, la loi du 1^{er} avril 2022 a modifié le dispositif sur ces deux plans. Elle a supprimé l'exigence d'une moindre gravité des faits punissables commis par l'inspection comparés aux faits pour lesquels la méthode est mise en œuvre¹³². Les trois autres conditions devront cependant toujours être rencontrées pour que la protection puisse jouer. La réforme a aussi modifié la forme juridique donnée à cette protection : au lieu de prévoir que les inspecteurs sont *exemptés de peine*, il est désormais stipulé qu'ils *ne commettent pas d'infraction* s'ils commettent des faits punissables dans les conditions énoncées à l'article 42/1, § 3¹³³. Les inspecteurs sociaux bénéficieront donc sur ce plan d'une *cause de justification* et non plus d'une cause d'excuse.

¹²⁵ Cass., 18 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1335.

¹²⁶ Ch.-E. Clesse, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁷ *Id.*, p. 200.

¹²⁸ Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1331. Les délits excusés ne figurent cependant pas au casier judiciaire (Conseil consultatif du droit pénal social, Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021).

¹²⁹ Art. 47quinquies, § 2, al. 2, du Code d'instruction criminelle.

¹³⁰ Voy., par exemple, les peines prévues aux articles 26 et s. de la loi genre et aux articles 19 et s. de la loi anti-racisme. Lorsque l'infraction est commise par un fonctionnaire public, la peine est légèrement supérieure (de 2 mois à 2 ans).

¹³¹ En matière de faux, les peines prévues aux articles 193 et s. du Code pénal sont lourdes : il s'agit, pour l'essentiel, de peines de réclusion de cinq à dix ans, voire de dix à quinze ans lorsque l'auteur est un fonctionnaire public. Par contre, le port public de faux nom est sanctionné plus légèrement par l'article 231 du Code pénal qui prévoit des peines d'emprisonnement de huit jours à trois mois et/ou une amende de vingt-cinq à trois cents euros.

¹³² Art. 42/1, § 3 du Code pénal social.

¹³³ Art. 42/1, § 3, al. 1, du Code pénal social.

Le Conseil consultatif du droit pénal social s'est montré particulièrement critique sur ce point¹³⁴. Sa critique a été relayée par le Conseil national du travail¹³⁵ et largement reprise par le Conseil d'État dans son avis du 9 décembre 2021 sur l'avant-projet de loi. Il est tout d'abord fait état de ce que l'employeur contrôlé de manière injustifiée ne disposerait plus des mêmes possibilités de mettre en cause la responsabilité civile de l'État. Cette critique nous semble discutable. Ce n'est pas parce qu'un comportement n'est pas une infraction qu'il ne peut constituer une faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil. Un employeur qui aurait subi un dommage en raison d'une faute commise par un inspecteur dans l'exercice de ses missions pourra toujours en demander réparation à l'État¹³⁶. Il est ensuite suggéré que le changement proposé aurait pour effet de créer une différence de traitement injustifiée entre les inspecteurs sociaux et les agents, notamment de l'inspection économique, qui ne bénéficient que d'une dispense de peine¹³⁷. Cette position est également contestable. Ces différentes catégories d'inspecteurs ne sont pas dans une situation analogue, notamment parce que les infractions qu'ils pourraient être amenés à commettre ne sont pas les mêmes : étant donné que les membres de l'inspection économique ne réalisent que des enquêtes par client mystère, ils risquent uniquement d'être accusés de port public de faux nom pour lequel l'article 231 du Code pénal prévoit des peines beaucoup moins lourdes que celles établies pour le faux en écriture qui pourrait, le cas échéant, être reproché à l'inspecteur social ayant confectionné un *curriculum vitae* fictif.

f) Le recours à des tiers

La réalisation d'un test de discrimination par l'inspection sociale peut être compromise par des contingences pratiques. Elle peut nécessiter des tâches pour lesquelles les inspecteurs n'ont pas été formés, comme la composition de CV de niveau comparable. Par ailleurs, le service d'inspection ne dispose pas toujours d'un inspecteur ou d'une inspectrice présentant la caractéristique que l'on souhaite tester (sexe ou origine ethnique avant la réforme de 2022, tout autre critère protégé après celle-ci).

Il a dès lors été proposé que l'inspection soit autorisée à faire appel à des personnes tierces pour la seconder dans la réalisation d'un test. La réforme reste ambiguë sur ce point. Un 6^{ème} paragraphe est ajouté à l'article 42/1 permettant à l'inspecteur social, dans le cadre des missions qui lui sont confiées par cet article, de « momentanément faire appel à une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de sa mission. »¹³⁸ À propos du rôle qui pourra être confié à ces tiers, l'exposé des motifs cite comme exemples l'expertise ou la rédaction de CV. Il précise qu'il ne sera pas permis d'envoyer des tiers dans les entreprises pour effectuer des tests dans le cadre d'un entretien d'embauche. Le recours à des comédiens pour réaliser un test par téléphone n'est en revanche pas évoqué. L'article 42/1, § 6, précise cependant que ces tiers seront également soumis à l'obligation de s'abstenir de toute provocation, ce qui suggère que cette possibilité sera autorisée. La disposition prévoit en tout état de cause que les conditions et modalités de recours à des tiers seront fixées par arrêté royal. On peut s'étonner de cette extrême prudence

¹³⁴ Conseil consultatif du droit pénal social, Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021.

¹³⁵ Avis n° 2248.

¹³⁶ Voy. Exposé des motifs du projet de loi modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, soumis le 25 janvier 2022, *Doc. parl.*, Chambre, 2021-2022, DOC 55 2447/1, p. 8. En tant que fonctionnaire public, l'inspecteur bénéficie de l'exonération partielle de responsabilité civile prévue à l'article 2 de la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques. Les éventuels dommages causés par un test de discrimination (qui aurait, par exemple, erronément mis en cause un employeur de bonne foi) devront donc, dans la plupart des cas, être supportés par l'autorité (l'État ou l'institution de sécurité sociale) pour qui travaille l'inspecteur ou, plus généralement, par l'État, du chef de la responsabilité du magistrat ayant autorisé le test.

¹³⁷ Le Conseil d'État mentionne les fonctionnaires de police visés à l'article 47^{quinquies} du Code d'instruction criminelle, à l'article XV.3, 9°, 3^{ème} al., du Code de droit économique ou à l'article XV.17 du même code.

¹³⁸ Art. 42/1, § 6, al. 1, du Code pénal social.

quand on sait que la FSMA est quant à elle autorisée depuis plusieurs années à recourir à des tiers mandatés par ses soins pour réaliser des *mystery shoppings*¹³⁹.

2. Le pouvoir de l'inspection régionale bruxelloise de réaliser des tests de discrimination

Comme l'inspection fédérale, l'inspection régionale bruxelloise de l'emploi a été autorisée à procéder à deux types de tests : l'appel mystère « qui consiste en la prise de contact avec un employeur en vue de vérifier qu'il ne répond pas à une demande discriminante d'un potentiel client » et le test de situation, défini comme « l'envoi par les inspecteurs régionaux de l'emploi de paires de candidatures similaires qui ne varient que selon un critère potentiellement discriminant »¹⁴⁰. Le premier type de test doit permettre d'identifier des comportements discriminatoires dans le chef des agences d'intérim et des sociétés de titres-services, le second à identifier des discriminations à l'embauche que pourrait commettre un employeur ou recruteur actif sur le territoire régional. Le test peut être réalisé par voie postale, électronique ou téléphonique¹⁴¹.

À première vue, s'agissant des tests de situation, l'ordonnance semble aller au-delà de la compétence régionale. Nous avons signalé en effet que le recrutement est considéré comme une question de droit du travail qui relève en principe de la compétence de l'État fédéral. L'exposé des motifs du projet d'ordonnance régionale conférant cette compétence à l'inspection régionale expose toutefois que le contrôle des embauches est nécessaire à l'exécution correcte des compétences conférées à la Région par la loi spéciale de réformes institutionnelles dans le domaine de l'emploi de sorte qu'il doit être considéré comme faisant partie des pouvoirs implicites de la Région au sens de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles¹⁴². Cette interprétation a reçu l'aval du Conseil d'État qui estime que dans ce contexte, le recours aux pouvoirs implicites « n'est pas manifestement inexact ou déraisonnable »¹⁴³.

L'ordonnance bruxelloise autorise la réalisation de tests par l'inspection pour détecter toute forme de discrimination, qu'elle soit ou non punie de sanctions pénales. L'article 4/3 de l'ordonnance du 30 avril 2009, introduit en 2017, précise qu'un test de discrimination pratiqué conformément à cette disposition et qui s'avère positif, constitue un fait permettant d'établir une présomption de discrimination, générant l'activation du mécanisme de partage de la charge de la preuve, lequel n'est applicable qu'aux procédures civiles¹⁴⁴.

Pour ce qui est des conditions de recours à cette compétence, l'ordonnance dispose qu'un test ne peut être réalisé qu'à la suite de plaintes ou de signalements *et* sur la base d'indices sérieux de pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination directe ou indirecte au sein d'un employeur ou d'un secteur d'activité déterminé¹⁴⁵. Comme dans le dispositif fédéral initial, ces conditions sont cumulatives : une plainte seule, même crédible, ne suffit pas pour permettre à l'inspection de réaliser un test. De même, des indices sérieux de pratiques discriminatoires recueillis par l'inspection à partir, par exemple, d'une analyse de bases de données sociales ou de tests de discrimination réalisés par d'autres acteurs, ne permettent pas à celle-ci de procéder à un test si aucune plainte ou

¹³⁹ Art. 87quinquies, al. 1, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

¹⁴⁰ Art. 4/3, § 2, 1^o et 2^o, de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

¹⁴¹ Art. 4/3, § 2, 1^{er} al., de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

¹⁴² Selon cet article 10, « [I]es décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

¹⁴³ Conseil d'Etat, avis n° 61.527/1 du 21 juin 2017 sur un avant-projet d'ordonnance visant à lutter contre les discriminations en matière d'Emploi en Région de Bruxelles-Capitale, p. 10.

¹⁴⁴ Art. 4/3, § 5, de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

¹⁴⁵ Art. 4/3, § 4, 2^o, de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

signalement n'a été formulé à l'égard de l'employeur concerné. Plusieurs observateurs considèrent que cette combinaison de conditions est trop stricte et contribue à expliquer le peu de tests réalisés à ce jour¹⁴⁶.

En ce qui concerne le déroulement des tests proprement dits, à l'instar de l'article 42/1 du Code pénal social, l'ordonnance précise que le test ne peut avoir un caractère provoquant au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale : il doit se borner à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminante en reproduisant, sans excès, un processus d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi et ne peut avoir pour effet de créer, renforcer ou confirmer une pratique discriminatoire alors qu'il n'y avait aucun indice sérieux de pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination directe ou indirecte¹⁴⁷.

Compte tenu des difficultés concrètes de réalisation des tests, le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale a, en date du 27 avril 2022, adopté en première lecture un avant-projet d'ordonnance portant modification de diverses dispositions visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi¹⁴⁸. Par cette réforme, le Gouvernement souhaite tout d'abord clarifier la question de la compétence de la Région en matière de tests de discrimination. Il entend également simplifier les conditions d'utilisation des tests en permettant qu'ils interviennent sur la base uniquement d'un signalement, d'une plainte ou de présomptions suffisantes de discrimination à l'égard d'un employeur particulier, et permettre des tests proactifs si une étude scientifique tend à démontrer une suspicion raisonnable de phénomènes de discrimination dans un secteur d'activité¹⁴⁹. Il vise en outre à améliorer la protection juridique des inspecteurs et à permettre une collaboration accrue avec le service régional de l'emploi (ACTIRIS). L'entrée en vigueur de ce texte – qui doit encore être soumis au vote du Parlement bruxellois – ne devrait pas intervenir avant le début de l'année 2023.

Comme déjà indiqué, les autres Régions n'ont jusqu'à présent pas suivi l'exemple de la Région de Bruxelles-Capitale. L'usage des tests de discrimination comme moyen de lutter contre les comportements discriminatoires n'en suscite pas moins l'intérêt. En Région flamande, il n'est pas question de doter l'inspection régionale du pouvoir de réaliser des tests de discrimination, mais il a été décidé de soutenir financièrement la réalisation d'analyses sectorielles ayant pour finalité de sensibiliser les employeurs à la réalité de la discrimination et de favoriser la mise en place de codes de conduite, de procédures de plainte ou encore de mécanismes d'autorégulation et d'autocontrôle¹⁵⁰. Des *accords de secteur (sectorconvenanten)* ont été conclus à cette fin entre le gouvernement flamand et les partenaires sociaux d'un grand nombre de secteurs d'activités au cours de l'année 2021¹⁵¹. Du côté de la Région wallonne, la déclaration de politique régionale de l'actuel gouvernement wallon avait annoncé la mise en place « d'un cadre légal organisant les mécanismes du test de situation »¹⁵². Invoquant toutefois des incertitudes entourant la compétence régionale en

¹⁴⁶ UNIA, *Les tests de situation sur le marché du travail bruxellois*, 2020, p. 7, accessible via https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/2020-11-18_Rapport_Testing_Bruelles_FR.pdf.

¹⁴⁷ Art. 4/3, § 4, 1^o, de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

¹⁴⁸ Le texte de cet avant-projet est disponible sur <https://clerfayt.brussels/fr/tests-plus-simples-proactifs-situ-lutter-contre-discrimination-lembauche>.

¹⁴⁹ Les tests proactifs nécessiteraient une autorisation préalable de l'auditeur du travail, qui dans les autres cas ne seraient pas requise. Pour rappel, dans la version actuelle de l'ordonnance, l'autorisation de l'auditeur n'est exigée dans aucun cas.

¹⁵⁰ Réponse donnée le 24 octobre 2020 à la question n° 164 de C. Gennez, VI. Parl., Commissie voor Economie, Werk, Sociale Economie, Wetenschap en Innovatie, 2019-2020. Voy. aussi la Résolution du Parlement flamand du 10 juin 2020 concernant la lutte contre la discrimination et le racisme dans la société, 2019-2020, n° 360/4.

¹⁵¹ Le texte de ces accords est disponible à la page <https://www.vlaanderen.be/sectorconvenants/overzicht-van-sectorconvenants-en-addenda>. Voy. aussi la contribution de P.-P. Verhaege à cet ouvrage.

¹⁵² *Déclaration de politique. Wallonie 2019-2024*, p. 24 (https://www.wallonie.be/sites/default/files/2019-09/declaration_politique_regionale_2019-2024.pdf).

matière de tests à l'embauche, la ministre compétente en appelle actuellement à une concertation préalable entre les différents niveaux de pouvoirs¹⁵³.

Conclusion

Tests de situation et technique du client mystère constituent deux méthodes originales pour mettre en lumière des discriminations dans l'accès à l'emploi, à un bien ou à un service. Leur développement vise à répondre aux grandes difficultés que rencontrent les victimes et les autorités à détecter et prouver des comportements discriminatoires. Lorsqu'elles sont mises en œuvre dans le respect de conditions rigoureuses, elles constituent des moyens efficaces de débusquer de telles pratiques : elles permettent en effet d'observer en situation réelle les comportements des acteurs économiques.

L'usage de ces méthodes pour constater des manquements à la législation anti-discrimination ou prouver une discrimination en justice reste cependant encore rare en Belgique.

Des procédés s'apparentant à un test de situation ont été invoqués comme moyens de preuve par des particuliers dans quelques affaires portées en justice. Les décisions rendues par plusieurs cours et tribunaux confirment qu'il s'agit d'un mode de preuve valable. Il résulte de l'examen de la législation anti-discrimination que dans le cadre d'une procédure civile, un tel test, de même qu'une enquête par client mystère, qui s'avèrent positifs, peuvent être considérés comme des faits susceptibles de générer une présomption de discrimination en application de la règle du partage de la charge de la preuve. La législation bruxelloise le dit d'ailleurs expressément. Un test de discrimination devrait également pouvoir être invoqué dans le cadre d'une procédure pénale en vertu de la règle de la liberté de la preuve. Certaines conditions doivent toutefois être rencontrées pour garantir la force probante du test. En particulier, comme l'indique la législation bruxelloise, un tel test ne pourrait équivaloir à une provocation.

Cette possibilité gagnerait à être mieux connue des victimes potentielles de discrimination et des associations qui les soutiennent. Dans certaines situations, elle peut être relativement simple à mettre en œuvre : lorsqu'une personne présentant une caractéristique « à risque de discrimination » se porte candidate à une location ou à un emploi et se voit répondre que le logement ou le poste est déjà pourvu alors qu'il est toujours annoncé comme « à louer » ou « à pourvoir », demander à un autre individu qui ne présente pas cette caractéristique de se porter également candidat, peut être un moyen assez simple de vérifier si la réponse fournie par le propriétaire ou l'employeur au premier candidat correspond à la réalité. S'il s'avère que tel n'est pas le cas, les faits observés grâce à ce procédé peuvent servir à établir une présomption de discrimination. Dans d'autres situations, cependant, la réalisation d'un test de discrimination est plus complexe. On songe au cas d'un travailleur dont la candidature à un poste n'aurait pas été retenue et qui soupçonnerait un motif discriminatoire : plus le niveau de qualification exigé pour le poste est élevé, plus il lui sera difficile de trouver une personne présentant un profil exactement comparable pouvant jouer le rôle de comparateur, la comparabilité des profils étant naturellement une condition de fiabilité du test.

Soucieuses de renforcer les moyens des pouvoirs publics de rechercher et constater des discriminations, les autorités fédérales et bruxelloises ont décidé d'habiliter leurs inspections sociales respectives à procéder à des tests de situation et des enquêtes par client mystère. Dans le même temps, elles ont voulu éviter que le recours à cette compétence ne donne lieu à des abus. Ce souci légitime les a toutefois conduites à subordonner l'exercice de ce pouvoir particulier à des conditions tellement strictes que les possibilités effectives d'usage de cette compétence s'en sont

¹⁵³ Réponse donnée le 31 août 2020 à la question écrite du 2 juillet 2020 de la députée V. Delporte par Mme Morreale, Ministre de l'Emploi, de la Formation, de la Santé, de l'Action sociale, de l'Égalité des chances et des Droits des femmes : <https://www.parlement-wallonie.be/pwpages?p=interp-questions-voir&type=28&iddoc=97437>.

trouvées très limitées. La loi du 1^{er} avril 2022 qui réforme le dispositif fédéral ouvre à cet égard de nouvelles perspectives, en levant certains obstacles à l'usage de cette compétence. Autre apport important de cette réforme, le nouvel article 42/2 du Code pénal social lève une ambiguïté en indiquant clairement que les inspecteurs sociaux sont habilités à utiliser l'ensemble de leurs pouvoirs d'enquête, en ce compris celui de réaliser des tests de discrimination, pour rechercher et constater des violations des lois anti-discrimination y compris lorsqu'elles ne sont pas punies de sanctions pénales. L'avenir dira si dans la pratique, les inspecteurs sociaux seront en mesure d'exploiter de façon efficace ces nouvelles possibilités.