

Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations

Françoise Tulkens, *présidente*

Marc Bossuyt, *vice-président*

Premier rapport d'évaluation

Franky De Keyzer

Julie Ringelheim

Matthias Storme (*rapporteur-adjoint*)

Patrick Wautelet (*rapporteur*)

Février 2017

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations

Liste des recommandations

Introduction générale

Chapitre 1 – Mandat, objectifs et méthodes de travail de la Commission

Section 1. Périmètre

Section 2. Contexte et objectifs

Section 3. Commission d'évaluation

Section 4. Méthode de travail

A. Évaluer l'application et l'effectivité de la législation

B. Les critères de l'évaluation

C. Les sources d'information

Chapitre 2 – Cohérence générale du cadre législatif

Chapitre 3 – Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations

Section 1 Les discours de haine

Section 2 Les délits de haine

Section 3 Les discriminations au sens strict

A. Les contours de la discrimination

1. Les notions de discrimination directe et indirecte : l'absence de condition d'intention

2. Les formes particulières de discrimination

§ 1. Discrimination multiple

§ 2. Discrimination basée sur une caractéristique présumée

§ 3. Discrimination par association

3. La définition du harcèlement dans les relations de travail

4. La protection des travailleuses salariées en matière de grossesse et de maternité

B. Les causes de justification

1. Le système de justification institué par les lois de 2007

2. Les lacunes du cadre législatif et réglementaire

§ 1. La notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante

§ 2. La fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe

Section 4. La définition des motifs protégés

A. Adaptation de certains motifs

B. Opportunité d'inclure de nouveaux motifs protégés

Section 5. Les mises à jour nécessaires

Chapitre 4 – Champ d'application personnel et matériel

Chapitre 5 – Les acteurs institutionnels compétents pour veiller au respect de la législation

Section 1. Les organismes de promotion de l'égalité

A. Absence d'organisme compétent pour le motif de la langue

- B. Le statut de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes
- C. La pluralité des organismes de promotion de l'égalité
- D. La liste des législations relevant de la compétence d'UNIA

Section 2. Les autres acteurs institutionnels

- A. Les moyens d'action de l'auditorat du travail
 - 1. Le pouvoir d'initier une procédure pour discrimination
 - 2. La mission d'information dans les dossiers civils
 - 3. Compétence d'avis
- B. Rôle et compétences de certains services de l'inspection du travail
- C. Un mode particulier de contrôle du respect de la législation : les tests de situation et les « clients mystère »
- D. Formation des acteurs

Chapitre 6 – L'accès à la justice en matière civile

Section 1. L'information des victimes sur leurs droits

Section 2. L'accès à des modes alternatifs de règlement des litiges

Section 3. Les personnes habilitées à agir en justice

- A. Les actions introduites par UNIA et l'I.E.F.H.
- B. Le nombre limité de procédures judiciaires engagées par des acteurs collectifs ou institutionnels

Section 4. Les délais de prescription des recours

Section 5. Le coût de l'accès à la justice

Section 6. La durée de la procédure

Section 7. La protection contre les représailles

Section 8. La preuve de la discrimination

- A. L'application du mécanisme de partage de la charge de la preuve dans la jurisprudence belge
- B. Les moyens permettant d'apporter la preuve des faits susceptibles de justifier d'établir une présomption de discrimination
 - 1. Les indications fournies par les lois de 2007
 - 2. Les indications fournies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne
 - 3. Le recours à un comparateur
 - 4. Les statistiques
 - 5. La question des tests de situation
- C. Le renversement de la présomption de discrimination

Section 9. Le caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions civiles

- A. Le caractère obligatoire de l'octroi des dommages et intérêts
- B. Le montant des dommages et intérêts forfaitaires
- C. L'affichage de la décision

Chapitre 7 – La mise en œuvre du volet pénal

Section 1. La politique criminelle menée dans le cadre de la législation relative à la lutte contre les discriminations

Section 2. Évaluation par la Commission

- A. Évaluation générale de la COL 13/2013
 - 1. L'élaboration d'une politique criminelle par les procureurs du Roi et les auditeurs du travail
 - 2. La désignation et le fonctionnement des magistrats de référence

- 3. La désignation et le fonctionnement des fonctionnaires de référence au sein de la police
 - B. L'intervention des services de police
 - 1. Analyse quantitative
 - 2. Analyse qualitative
 - 3. Procédure d'enregistrement
 - C. L'intervention du ministère public
 - 1. La politique de classement sans suite du ministère public
 - 2. Une approche différenciée des faits pénaux
 - D. Cas particulier du délit commis par voie de presse
- Section 3. Recommandations
- A. En ce qui concerne le ministère public et les services de police
 - B. En ce qui concerne le législateur

Chapitre 8 – Les actions positives

Conclusion provisoire

Annexes

Annexe 1 – Liste des membres de la Commission d'évaluation

Annexe 2 – Liste des auditions

Annexe 3 – Opinion séparée du vice-président Marc Bossuyt

Annexe 4 – Opinion dissidente – *Dissenting opinion* du professeur Matthias E. Storme, rapporteur adjoint

Annexe 5 – Remarques et objections des membres de la Commission représentant les organisations d'employeurs

Liste des abréviations

- Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations : la Commission
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*MB*, 30 mai 2007) : loi anti-discrimination
- Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (*MB*, 30 mai 2007) : loi anti-racisme
- Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (*MB*, 30 mai 2007) : loi genre
- 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 : directive 2000/43/CE
- 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 : directive 2000/78/CE
- Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services : directive 2004/113/CE
- 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) : directive 2006/54/CE
- Accord de coopération du 12 juin 2013 entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août
- Circulaire commune N° COL 13/2013 du Ministre de la justice, du Ministre de l'intérieur et du Collège des procureurs généraux près les Cours d'appel du 17 juin 2013 relative à la politique de recherche et de poursuite en matière de discriminations et de délits de haine (en ce compris les discriminations fondées sur le sexe)
- Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations
- Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes : I.E.F.H.

Liste des recommandations

L'emplacement des recommandations dans le texte du rapport renvoie aux paragraphes de celui-ci.

1. (§ 73) La Commission recommande d'adapter le cadre légal pour permettre la prise en compte des situations de discriminations multiples sur la base des lois de 2007. Elle recommande également que cette adaptation s'accompagne d'une réflexion sur les sanctions appropriées en cas de discrimination multiple et sur l'aménagement du droit d'action des organismes de promotion de l'égalité.
2. (§ 77) Dans un souci de sécurité juridique, la Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination fondée sur un motif perçu. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.
3. (§ 81) Dans un souci de sécurité juridique, la Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination par association. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.
4. (§ 86) La Commission recommande au législateur d'adapter la définition du harcèlement qui figure dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs pour la mettre en conformité avec les exigences du droit européen.
5. (§ 92) La Commission recommande de combler les lacunes de la législation fédérale en ce qui concerne la protection des travailleuses en cas de grossesse et de maternité, comme suit :
 - en transposant l'article 15 de la directive 2006/54/CE dans la législation fédérale ;
 - en prévoyant une sanction en cas de violation de l'article 42 de la loi sur le travail du 16 mars 1971.
6. (§ 107) La Commission recommande de mettre à jour les arrêtés royaux concernant, pour le motif du genre, la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », afin de préciser les situations dans lesquelles une caractéristique donnée liée au sexe constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Elle recommande également de poursuivre la réflexion sur l'opportunité d'adopter un ou plusieurs arrêtés royaux dans le cadre des lois anti-discrimination et anti-racisme sur cette même notion.
7. (§ 110) La Commission recommande l'adoption de l'arrêté royal prévu par la loi genre afin de déterminer de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe.
8. (§ 121) La Commission recommande d'adapter la loi anti-discrimination en supprimant, pour le motif de l'état de santé, les termes « actuel ou futur ». Pour le motif de l'origine

sociale, la Commission recommande d'adapter la loi anti-discrimination pour retenir le motif d'« origine ou condition sociale » (ou « origine ou statut social »).

9. (§ 127) La Commission recommande au législateur d'effectuer les mises à jour suivantes dans la loi genre :
 - introduire une référence à la directive « refonte » 2006/54/CE en lieu et place des directives 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE et 79/80/CE qu'elle remplace ;
 - introduire une référence à la directive 2010/41/EU en lieu et place de la directive 86/613/CEE qu'elle remplace ;
 - adapter l'article 6, § 2, 2°, de la loi genre pour y mentionner le concept de « travail de valeur égale ».
10. (§ 135) La Commission recommande d'élargir le champ d'application des lois anti-discrimination pour permettre leur application aux relations entre copropriétaires.
11. (§ 145) La Commission recommande de mettre à exécution l'article 29 § 2 de la loi anti-discrimination et de désigner un organisme de promotion de l'égalité de traitement compétent pour le motif de la langue.
12. (§ 148) La Commission recommande d'interfédéraliser l'I.E.F.H. par le biais d'un accord de coopération à conclure avec les entités fédérées.
13. (§§ 152-153) La Commission recommande de créer un système de « guichet unique », au besoin virtuel, pour aider les citoyens à identifier l'organisme compétent pour traiter de leur cas. Au minimum, ce guichet unique obligerait les organismes de protection à orienter les personnes qui les interpellent vers l'organisme compétent. La Commission recommande également de mettre en place une structure de concertation entre les différents organismes de promotion de l'égalité existants dans le pays, laquelle pourrait notamment prendre des dispositions particulières pour traiter les situations de discrimination multiple intéressant les domaines de compétence de plusieurs de ces organismes.
14. (§ 155) La Commission recommande que les autorités poursuivent leurs travaux afin d'aboutir sans délai à la création d'un Institut national des droits de l'homme en conformité avec les Principes de Paris.
15. (§§ 167-168) La Commission recommande que, conformément aux dispositions prévues dans la COL13/2013, un magistrat de référence soit désigné au sein de l'auditorat du travail dans tous les arrondissements judiciaires où cette désignation n'aurait pas encore été réalisée. Elle recommande également à l'auditorat du travail d'améliorer son système d'enregistrement des données relatives aux procédures initiées en matière de discrimination, de façon à permettre de connaître et d'analyser son action dans ce domaine.
16. (§ 173) La Commission recommande d'étendre la compétence d'information accordée à l'auditorat pour lui permettre de solliciter, lorsqu'il l'estime pertinent pour instruire de manière objective le dossier, la production, par toute personne, d'informations ou de renseignements susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité dans le cadre d'un

litige civil pour discrimination. L'exercice de cette possibilité devrait garantir le respect du contradictoire et l'égalité des parties. Les modalités de cette extension de compétence doivent faire l'objet d'un encadrement, notamment pour garantir la protection de la vie privée et du secret des affaires. Cette extension pourrait être réservée à certaines situations à définir plus précisément.

17. (§ 176) La Commission recommande au Collège des procureurs généraux de modifier la catégorisation des affaires relatives aux lois de 2007 dans la circulaire COL 13/2015 pour retenir que l'avis de l'auditeur est systématiquement obligatoire dans cette matière.
18. (§ 188) La Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour y indiquer que les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative aux dispositions des lois de 2007.
19. (§ 189) La Commission recommande que les services compétents de l'inspection du travail adoptent une attitude plus proactive dans l'exercice de leur mission de surveillance du respect des lois de 2007.
20. (§ 202) La Commission recommande aux pouvoirs publics d'examiner la possibilité de réaliser, ou de faire réaliser par des tiers agréés, sur la base d'informations pertinentes, des tests de situation de façon à vérifier le respect de la législation antidiscriminatoire à des fins générales de monitoring. Elle recommande plus particulièrement d'envisager l'attribution à l'inspection du travail d'une compétence légale expresse de réaliser des contrôles ciblés par le biais de la méthode des tests de situation, le cas échéant basés sur l'intervention de « clients mystère » (ou « mystery shopping » / « mystery calling »).
21. (§ 208) La Commission recommande que
 - l'effort de formation à destination des magistrats (du siège et du ministère public, en particulier de l'auditorat du travail) et des services de police et d'inspection du travail soit amplifié, avec l'assistance des organismes de promotion de l'égalité ;
 - des formations adaptées aux différents publics concernés par la législation, en particulier les employeurs, soient également organisées.
22. (§ 236) La Commission recommande que la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes soit modifiée pour préciser expressément que l'Institut est habilité « à recevoir, dans les limites de sa mission définie à l'article 3, des plaintes, à les traiter et à accomplir toute mission de conciliation qu'il juge utile, ceci sans préjudice d'autres services de médiation ».
23. (§ 269) La Commission recommande d'étendre le système prévu à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007, en matière d'indemnités de procédure, qui fixe des montants de base substantiellement moins élevés que ceux prévus pour les procédures de droit commun, à tous les litiges relatifs aux lois de 2007.
24. (§ 286) La Commission recommande d'adapter le cadre législatif, après consultation des partenaires sociaux, pour faire bénéficier de la protection contre les représailles les

personnes qui défendent ou soutiennent la personne qui a introduit ou au bénéfice de laquelle a été introduite une plainte ou une procédure judiciaire. Compte tenu de la nature de la protection accordée par les lois de 2007, une telle extension pourrait s'accompagner d'une modulation du contenu de la protection dont bénéficient les personnes autres que la victime alléguée et les témoins tels que définis actuellement dans la loi.

25. (§ 319) La Commission recommande au législateur de mener une réflexion sur la mise en place d'un cadre légal, le cas échéant par arrêté royal, relatif à l'usage d'un test de situation comme moyen de preuve dans le cadre d'une action en justice. La Commission souhaite par ailleurs poursuivre ses travaux sur l'ensemble de ces questions.
26. (§ 341) La Commission recommande de majorer les montants forfaitaires d'indemnisation versés en cas de discrimination en dehors du domaine des relations de travail et de prévoir leur indexation. Éventuellement, un montant flexible pourrait être prévu, comportant un montant minimum et un montant maximum, le juge étant habilité à moduler la sanction en fonction des circonstances concrètes de l'espèce.
27. (§ 348) La Commission recommande de modifier les lois de 2007 pour préciser qu'à défaut d'une décision en sens contraire de la part du tribunal qui ordonne la sanction, l'affichage de la décision, qu'il soit intégral ou par voie de résumé, se fera sans renseigner le nom ou l'identité de la victime.
28. (§ 419) La Commission recommande l'application correcte de la COL 13/2013, ce qui implique :
 - que les chefs de corps élaborent en matière de discriminations et de délits de haine une politique criminelle adaptée à leur ressort ;
 - que des magistrats et fonctionnaires de référence soient désignés dans tous les corps du ministère public et dans tous les corps de police ; le Collège des procureurs généraux doit veiller attentivement à ces désignations, par l'intermédiaire du magistrat coordinateur et des magistrats de référence des parquets généraux ;
 - que les magistrats et fonctionnaires de référence se recyclent régulièrement ;
 - que les fonctionnaires de référence établissent des questionnaires types et des *checklists* à l'intention des services de police ; ils doivent à cet égard se concerter avec leurs collègues fonctionnaires de référence et avec les agents de leur corps ;
 - que les magistrats de référence surveillent les délais de traitement et la qualité des enquêtes, notamment en se concertant périodiquement avec les agents et – le cas échéant – avec leurs collègues magistrats qui sont titulaires du dossier répressif ; ils doivent échanger leurs expériences sur ce plan avec leurs collègues magistrats de référence ;
 - que l'on poursuive les efforts au sein de la magistrature et de la police pour développer la sensibilisation, accroître la disposition des victimes à signaler les faits commis à leur encontre et assurer une assistance de qualité aux victimes ;
 - que l'on reste attentif à l'importance de dresser des procès-verbaux de qualité et de procéder à un enregistrement correct des faits.
29. (§ 421) La Commission recommande que le groupe de travail « discrimination » constitué au sein du réseau d'expertise « criminalité contre les personnes » du Collège

des procureurs généraux, prenne l'initiative de développer, avec la collaboration d'UNIA, de l'I.E.F.H. et des Maisons de justice, un parcours de médiation en matière pénale adapté au contexte spécifique de la discrimination et des délits de haine. Elle recommande en outre la poursuite des projets pilote en cours, de manière à identifier les mesures complémentaires qui sont nécessaires pour rendre possible le parcours de médiation.

30. (§ 422) La Commission recommande que l'on vérifie si la loi actuelle sur les services de police intégrés permet d'intégrer de façon effective dans les plans zonaux de sécurité les phénomènes de sécurité renseignés dans le Plan National de Sécurité, en l'occurrence la discrimination. Si cela s'avère trop compliqué ou s'il apparaît que cela ne fonctionne pas dans la pratique, il conviendra d'adapter la loi. La Commission recommande par ailleurs de libérer des moyens suffisants pour pouvoir traiter de manière efficace les phénomènes de sécurité renseignés dans le Plan National de Sécurité.
31. (§ 423) La Commission recommande de réviser l'article 150 de la Constitution afin de prévoir un régime procédural identique pour tous les délits inspirés par la haine envers un groupe protégé et, par ailleurs, de garantir l'effectivité de la sanction pour les cas autres que ceux liés au racisme et à la xénophobie.
32. (§ 424) La Commission recommande que soit ratifié le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, du 23 novembre 2001, signé par la Belgique le 28 janvier 2003.
33. (§ 436) La Commission recommande d'adopter à bref délai un ou plusieurs arrêtés royaux définissant les hypothèses et les conditions dans lesquelles des mesures d'action positive peuvent être mises en œuvre. Dans le domaine des relations de travail, un arrêté royal pourrait prévoir l'adoption de mesures d'actions positives par les partenaires sociaux.

I n t r o d u c t i o n g é n é r a l e

1. L'adoption, le 10 mai 2007, de trois lois fédérales réformant profondément le droit de l'anti-discrimination, marque une étape importante dans le développement de la protection des droits fondamentaux des individus en Belgique. Ces textes s'inscrivent dans la continuité de lois antérieures. En 1978, le législateur insérait dans la loi de réorientation économique un Titre V consacré à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi et le travail¹. En 1981, une loi interdisant la discrimination raciale et ethnique était adoptée², suivie, en 1999, d'une autre loi entièrement consacrée à l'égalité de traitement entre hommes et femmes³.

2. Comparées à ces législations antérieures, les lois de 2007 renforcent et étendent sensiblement la protection mise en place contre la discrimination. Parmi d'autres différences, elles n'interdisent pas seulement la discrimination fondée sur l'origine raciale ou ethnique ou le genre mais également celle liée à une série d'autres motifs, dont l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle et la conviction religieuse ou politique. Leur champ d'application est donc plus vaste. La définition de la discrimination a été affinée pour mieux saisir la réalité complexe des comportements discriminatoires. Et de nouvelles voies de recours d'ordre civil ont été instituées.

3. L'adoption de cette nouvelle législation avait notamment pour but d'assurer la transposition, dans les matières relevant de l'autorité fédérale, de plusieurs directives adoptées par l'Union européenne en vue de combattre la discrimination liée aux motifs visés par les traités européens. Mais le législateur belge a été, sur plusieurs plans, au-delà du minimum exigé par le droit de l'Union européenne. Ce choix témoigne du fait que ce processus législatif répondait aussi à une volonté propre du législateur d'améliorer le dispositif de protection contre la discrimination. Les lois de 2007 contribuent à concrétiser un principe inscrit depuis l'origine dans notre Constitution : le droit à l'égalité des personnes. Par ailleurs, à côté des développements du droit européen, la lutte contre la discrimination fait également l'objet de plusieurs conventions des Nations Unies auxquelles la Belgique est partie : la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (1965), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (1979) et, plus récemment, la Convention relative aux droits des personnes handicapées (2006).

1 Loi du 4 août 1978 de réorientation économique (*M.B.*, 17 août 1978) (Titre V : égalité de traitement entre les hommes et les femmes en ce qui concerne les conditions de travail et l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, ainsi que l'accès à une profession indépendante).

2 Loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (*M.B.*, 8 août 1981).

3 Loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale (*M.B.*, 19 juin 1999).

Chapitre 1 – Mandat, objectifs et méthodes de travail de la Commission

Section 1. Périmètre

4. Le présent rapport d'évaluation concerne les instruments législatifs suivants :

- loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (*M.B.*, 30 mai 2007) (dite « loi anti-racisme »)⁴ ;
- loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 30 mai 2007) (dite « loi anti-discrimination ») ;
- loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (*M.B.*, 30 mai 2007) (dite « loi genre »).

5. En revanche, ce rapport ne porte pas sur les instruments législatifs adoptés par les Régions et les Communautés en matière de lutte contre les discriminations⁵. La Commission est bien consciente que l'ensemble des législations forme un tout, qu'il serait opportun de soumettre à une évaluation globale. Cette évaluation d'ensemble est d'autant plus indiquée que les nombreux textes adoptés par les différentes entités se font écho et qu'une protection effective contre la discrimination sur tout le territoire belge nécessite une coordination adéquate entre ceux-ci. Le mandat confié à la Commission concerne cependant uniquement les dispositions adoptées par le législateur fédéral. La Commission s'en tient donc à son mandat. Elle fera néanmoins référence ponctuellement aux législations des entités fédérées lorsqu'elle le juge pertinent, soit pour évoquer des problèmes de cohérence ou de coordination entre les différentes législations, soit pour souligner des points sur lesquels les textes adoptés par certaines entités fédérées pourraient servir d'inspiration à une réforme de la législation fédérale.

6. Cette situation institutionnelle ne doit cependant pas empêcher les différents niveaux de pouvoir qui possèdent une compétence dans la lutte contre les discriminations de réfléchir à la

4 Il convient de noter que la loi anti-racisme reste, dans son intitulé, loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, même si cette dernière a été entièrement reformulée par la loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Pour plus de facilité, dans ce rapport, nous parlons des « trois lois de 2007 » pour évoquer à la fois la loi anti-racisme telle que réformée en 2007, la loi anti-discrimination et la loi genre. Lorsqu'il est question de modifier les « lois de 2007 », il faut comprendre que, dans le cas de la loi anti-racisme, c'est la loi du 30 juillet 1981 qui est visée.

5 Voy. notamment le Décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement (*M.B.*, 23 septembre 2008) ; le Décret du 6 novembre 2008 de la Région Wallonne relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 19 décembre 2008) ; le Décret du 9 mars 2012 de la Communauté germanophone visant à lutter contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 5 mai 2012) ; le Décret du 12 décembre 2008 de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (*M.B.*, 13 janvier 2009) ; l'Ordonnance du 4 septembre 2008 de la Région de Bruxelles-Capitale visant à assurer une politique de diversité au sein de la fonction publique (*M.B.*, 19 sept. 2008) ; le Décret de la Commission Communautaire francophone de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi ; le Décret de la Commission communautaire francophone de la Région de Bruxelles-Capitale du 9 juillet 2019 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement.

coordination entre les législations qu'ils adoptent. Ceci permettrait d'augmenter l'accessibilité des différents textes et, partant, la possibilité pour les justiciables d'en faire usage sans éprouver de trop grandes difficultés à déterminer la législation pertinente.

7. Enfin, certaines compétences importantes dans la lutte contre les discriminations, comme la politique du logement et la politique de l'emploi, ont été récemment transférées à d'autres niveaux de pouvoir que le niveau fédéral⁶. Dans la mesure où la présente évaluation se veut rétrospective et s'appuie sur l'expérience des années qui ont suivi l'adoption des lois de 2007, il sera tenu compte dans ce rapport de l'expérience acquise dans ces domaines car elle fait partie de l'acquis du droit de la lutte contre les discriminations. La Commission a également tenu compte de l'Accord de coopération entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations⁷.

Section 2. Contexte et objectifs

8. Les lois adoptées en 2007 poursuivaient plusieurs objectifs.

9. Elles visaient tout d'abord à transposer en droit belge à certaines directives européennes :

- la loi anti-racisme vise à transposer 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 ethnique⁸ ;
- la loi anti-discrimination vise à transposer 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 ;
- la loi genre vise à transposer la directive dite « refonte » (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)) et la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

10. Une première tentative de transposition des directives 2000/78/CE et 2000/43/CE avait été opérée avec l'adoption 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

6 La Commission note à cet égard que certaines entités fédérées n'ont pas encore adopté de dispositions spécifiques visant les domaines pour lesquels elles sont nouvellement compétentes. C'est le cas de la Région de Bruxelles-Capitale qui n'a pas étendu les dispositions anti-discrimination au domaine du logement privé pour lequel elle est compétente.

7 Accord de coopération entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (ci-après « Accord de coopération »).

8 Cette loi permet également de donner effet dans l'ordre juridique belge aux obligations imposées par la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

le racisme⁹. Plusieurs dispositions de celle-ci avaient toutefois été annulées entièrement ou partiellement par la Cour constitutionnelle (à l'époque Cour d'arbitrage)¹⁰. L'action du législateur de 2007 avait donc également pour objectif de répondre à cet arrêt.

11. Ensuite, au-delà de ces objectifs externes, le législateur visait de manière expresse en 2007 à « [a]méliorer l'effectivité des dispositifs fédéraux de la lutte contre la discrimination »¹¹. Selon le gouvernement, « [m]esurée à l'aune des procédures judiciaires auxquelles elles ont donné lieu, l'effectivité des législations fédérales de lutte contre la discrimination est fort inégale »¹². Soulignons que dès 1999, soit avant l'adoption des directives européennes, une proposition de loi avait été déposée au Sénat en vue de réformer la protection contre la discrimination et de l'étendre à d'autres motifs¹³. Auparavant, la législation belge tendant à lutter contre la discrimination était en effet limitée à la discrimination raciale¹⁴ et à la discrimination entre hommes et femmes¹⁵. Notons en outre qu'en adoptant les lois de 2007, le législateur belge, sur plusieurs points, a été au-delà des obligations que lui imposait le droit européen, en particulier pour ce qui est de la liste des motifs prohibés de discrimination et du champ d'application de la législation. Ces éléments montrent que l'adoption de la législation de 2007 n'était pas uniquement motivée par la nécessité de transposer les directives européennes, mais répondait aussi à la volonté propre aux autorités belges de renforcer et d'élargir la protection contre les discriminations.

Section 3. Commission d'évaluation

12. L'article 52 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination prévoit que tous les cinq ans, il sera procédé à une évaluation de « l'application et de l'effectivité » de cette loi ainsi que de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Le paragraphe 2 de cette disposition prévoit que l'évaluation a lieu sur la base d'un « rapport présenté aux Chambres législatives par une commission d'experts ».

9 M.B., 17 mars 2003. Sur cette loi, voy. par exemple O. DE SCHUTTER, « La loi belge tendant à lutter contre la discrimination », *J.T.*, 2003, pp. 845-856 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une horizontalisation des droits de l'homme », *A.P.T.* 2003, pp. 208-252 ; ainsi que D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek discriminatierecht*, Kluwer, 2005.

10 Arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004.

11 Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2722/001, p. 9 ; Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2721/001, pp. 9-10 ; et Projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2720/001, pp. 9-10.

12 *Idem*. Et le gouvernement d'ajouter à l'époque que « cette relative ineffectivité, si elle venait à se prolonger et à s'aggraver, deviendrait problématique au regard des obligations européennes de la Belgique » (*idem*).

13 Proposition de loi 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 déposée au Sénat le 31 mars 1999, Sénat, *Doc. Parl.* 2-12/1 (1999), 14 juillet 1999. Sur la genèse de la loi du 25 février 2003, voy. C. SÄGESSER, « La loi anti-discrimination », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2005/22, n°s 1887-1888, pp. 5-68.

14 Conformément à la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (*M.B.*, 8 août 1981).

15 Titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique (*M.B.*, 17 août 1978) et loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale (*M.B.*, 19 juin 1999).

13. Un arrêté royal du 18 novembre 2015 adopté conformément à l'article 52, § 3, de la loi du 10 mai 2007 (*M.B.*, 2 décembre 2015) a fixé la composition de la commission d'experts, leur désignation ainsi que la forme et le contenu concret du rapport qu'elle est tenue de présenter.

14. Par Avis du 19 janvier 2016 (*M.B.*, 19 janvier 2016), la Secrétaire d'État à l'Égalité des Chances a sollicité les instances compétentes pour qu'elles désignent des membres effectifs et suppléants afin de composer la commission d'experts. Un arrêté royal du 6 juillet 2016 (*M.B.*, 4 août 2016) a nommé les membres de la Commission. La liste des membres de la Commission figure en annexe du présent rapport¹⁶.

15. Conformément à l'article 11 de l'arrêté royal du 18 novembre 2015, le présent rapport constitue un premier rapport d'évaluation couvrant la période à dater de l'entrée en vigueur de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination jusqu'au 31 décembre 2014 inclus¹⁷.

16. La Commission a adopté lors de sa réunion du 19 septembre 2016 un règlement d'ordre intérieur. Conformément à l'article 6 de l'arrêté royal du 18 novembre 2015, ce règlement d'ordre intérieur a été approuvé par Mme la Secrétaire d'État à l'égalité des chances.

17. La Commission s'est réunie à 13 reprises entre août 2016 et février 2017.

Section 4. Méthode de travail

18. Avant toute chose, la Commission a examiné la portée à donner à son mandat. Selon l'arrêté royal du 18 novembre 2015, son évaluation doit comporter au moins « 1° un rapport détaillant et évaluant l'application ainsi que l'effectivité des lois anti-discrimination ; 2° les conclusions et les recommandations éventuelles »¹⁸.

A. Évaluer l'application et l'effectivité de la législation

19. Le travail d'évaluation de la Commission doit porter sur deux objets centraux : l'*application* et l'*effectivité* de la législation.

20. L'évaluation de l'*application* de la loi renvoie à la question de savoir si et comment la loi est mise en œuvre dans les faits par les autorités compétentes. Cette législation est-elle actionnée dans les situations qu'elle vise ? Les institutions et organes compétents contribuent-ils adéquatement à garantir la mise en œuvre de cette loi ? L'interprétation qui est faite de cette loi par les instances compétentes est-elle conforme à la lettre et à l'esprit de la loi ?

16 Voy. Annexe 1.

17 Selon le Rapport au Roi, l'obligation de soumettre un premier rapport « répond au besoin urgent d'évaluer la législation anti-discrimination existante ». Le Rapport au Roi ajoute qu'« [i]l s'agit d'un rapport complémentaire, qui vient s'ajouter au rapport quinquennal qui coïncide avec la fin du mandat de la commission. La première commission qui sera composée sur la base du présent Arrêté royal soumettra donc deux rapports, le premier dans les six mois qui suivent la désignation et le second au moins deux mois avant la fin de leur mandat ».

18 Art. 8. Les notions d'application et d'effectivité de la législation sont également mentionnées à l'article 52 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination.

21. L'évaluation de l'*effectivité* de la loi conduit à s'interroger sur les effets de la norme sur les pratiques et les comportements : les acteurs sociaux se conforment-ils au prescrit de la norme ? La protection que la loi entend garantir aux individus contre certains comportements se traduit-elle dans les faits ?

22. La Commission note qu'il convient de distinguer l'efficacité d'une norme de son effectivité. Lorsque l'on confronte l'objectif d'une norme à son degré de réalisation, on mesure l'efficacité de la norme : celle-ci a-t-elle produit, de manière adéquate, les effets attendus ? Dans la littérature relative à la gestion, on trouve le même concept désigné sous le terme d'efficience. En revanche, lorsqu'on confronte l'effet d'une norme au comportement prévu, on mesure l'effectivité de celle-ci : a-t-elle inscrit, dans les pratiques, la règle énoncée ? En sociologie du droit, la valeur explicative du concept d'effectivité permet de mesurer ce qui sépare le droit de la réalité sociale qu'il est censé ordonner. Le concept d'effectivité constitue dès lors une mesure des écarts. A cet égard, « loin de poursuivre un *lamento* stérile sur les échecs relatifs du droit (...) la recherche de l'effectivité invite la règle de droit à une modestie salutaire »¹⁹. L'effectivité est une question complexe dans la mesure où elle est liée, positivement, à la manière dont les droits sont reconnus et mis en œuvre et, négativement, à la manière dont s'organisent des formes de résistances. L'effectivité est, en effet, inséparable de son contraire, l'ineffectivité²⁰.

23. De l'avis de la Commission, *application* et *effectivité* de la loi sont deux notions étroitement liées. Pour qu'une loi soit effective, il faut *a priori* qu'elle soit appliquée. En outre, les modalités de son application peuvent avoir un impact sur son effectivité.

B. Les critères de l'évaluation

24. L'évaluation de l'application et de l'effectivité des lois fédérales visant à lutter contre les discriminations présente des défis importants. Les critères de cette évaluation doivent tenir compte des objectifs poursuivis par la législation. Ceux-ci sont globalement de deux ordres :

(1) d'une part, éradiquer les comportements discriminatoires ;

(2) d'autre part, garantir qu'en cas de discrimination, la victime bénéficiera d'un recours effectif lui permettant d'obtenir réparation et que l'auteur de la discrimination s'exposera à des sanctions²¹.

25. L'évaluation de l'effectivité des lois en fonction du premier objectif peut être abordée sous deux angles :

– les comportements et pratiques discriminatoires des acteurs publics ou privés ont-ils été éliminés ou à tout le moins réduits ?

19 *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, v° Effectivité, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 218-219.

20 J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique*, 1958, pp. 3 et s.

21 Le cas échéant, ces sanctions peuvent toutefois ne pas trouver à s'appliquer si, dans le cadre d'un processus de règlement extrajudiciaire, l'auteur de la discrimination reconnaît avoir méconnu la loi et accepte volontairement de réparer la discrimination commise. Voy. *infra*, Chapitre 6. L'accès à la justice en matière civile, Section 2. Les modes alternatifs de règlement des litiges, §§ 224 et s.

- les groupes protégés par la loi bénéficient-ils, grâce à cette législation, d'un meilleur accès qu'auparavant à l'emploi, au logement, à l'éducation ou à d'autres domaines dans lesquels ils étaient sous-représentés, marginalisés ou désavantagés par rapport au reste de la population ?

26. Évaluer l'impact de la législation sous ces deux angles est particulièrement complexe. Les effets induits par une législation ne peuvent en effet être isolés, comme ils pourraient l'être dans une situation de laboratoire, du contexte général dans lequel la loi s'inscrit. Divers éléments et circonstances peuvent avoir un impact important sur les situations que la loi entend régir, sans qu'il soit toujours possible de distinguer l'effet qu'emporte la loi des conséquences de ces autres éléments. D'autres paramètres entrent en ligne de compte de sorte que l'exercice consistant à identifier l'effet d'un ensemble de dispositions légales sur les comportements des acteurs économiques ou sur l'évolution de la situation socio-économique d'un groupe d'individus nécessite une méthodologie particulièrement sophistiquée et rigoureuse. Il faudrait avoir égard aux autres changements intervenus entre l'adoption des législations de 2007 et la période actuelle susceptibles d'influer sur ces phénomènes. Ceci vaut notamment pour le marché du travail qui connaît des évolutions importantes (flexibilité accrue, contrats temporaires, tertiarisation de l'économie, etc.).

27. En outre, la Commission ne dispose pas d'une photographie complète de la situation (« nulmeting ») qui existait lors de l'adoption du « paquet » législatif en 2007, pour l'ensemble des groupes concernés par la loi et dans tous les domaines visés. A ce facteur de complexité, il faut ajouter le fait que les lois de 2007 font elles-mêmes suite à d'autres textes et principalement la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes et, plus loin encore, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie. Si compte tenu de ces éléments, une certaine modestie est de mise, ces difficultés n'empêchent pas une évaluation ciblée d'une réforme, même en l'absence de la construction d'un modèle de comparaison.

28. La Commission note cependant que depuis l'adoption de la législation, un nombre croissant d'études scientifiques sur la discrimination subie par certains groupes dans divers domaines visés par la loi ont été réalisées. Soulignons en particulier l'initiative d'UNIA, qui, sous l'appellation de « baromètre de la diversité », produit, à échéance régulière, un état des lieux, basé sur un ensemble de recherches scientifiques, de la gestion de la diversité en Belgique liée à l'âge, l'origine, l'orientation sexuelle et le handicap, dans différents domaines²². Ces études fournissent des informations précieuses sur l'ampleur et l'évolution des phénomènes discriminatoires qui peuvent utilement alimenter la réflexion sur l'impact des lois de 2007.

29. L'évaluation de l'effectivité des lois en fonction du second objectif appelle un type d'analyse différent. Il s'agit cette fois de déterminer, non pas si les discriminations diminuent, mais si, lorsqu'il y a discrimination, les victimes bénéficient d'un accès effectif à la justice leur permettant d'obtenir réparation et si l'auteur de la discrimination est confronté à un risque réel de sanction « effective, proportionnée et dissuasive », selon la norme fixée par les directives européennes. Ce second aspect conduit à s'intéresser à l'expérience des victimes, à la

22 UNIA, *Baromètre de la diversité : Emploi*, 2012 ; *Idem*, *Baromètre de la diversité : Logement*, 2014. Pour plus d'informations, voy. www.unia.be.

pratique des différents acteurs et institutions impliqués dans la mise en œuvre de cette législation et à la jurisprudence fondée sur ces lois. L'accès des victimes à la justice est-il, dans les faits, entravés par certains facteurs et dans ce cas lesquels ? Les différentes institutions concernées utilisent-elles adéquatement leurs compétences pour contribuer à la recherche et au constat des infractions aux lois anti-discrimination ? La pratique révèle-t-elle des lacunes ou obstacles, résultant des textes de loi eux-mêmes ou des modalités de leur mise en œuvre, compromettant l'objectif d'assurer aux victimes, en cas de discrimination, le droit à un recours effectif et à une réparation du préjudice subi ?

30. Compte tenu des données disponibles et de l'expertise des membres de la Commission, c'est essentiellement sur ce second aspect que se concentre l'évaluation présentée dans ce rapport.

C. Les sources d'information

31. La présente évaluation est fondée à titre principal sur les données collectées, les constats opérés et les recommandations formulées par des acteurs de terrain et spécialistes du droit de la lutte contre les discriminations. Compte tenu de l'obligation qui lui est faite de présenter un premier rapport intermédiaire dans les six mois suivant l'entrée en vigueur de l'arrêté de nomination des membres de la Commission (art. 11 de l'arrêté royal du 18 novembre 2015), la Commission a décidé de fonder la première phase de ses travaux sur l'acquis existant. Dans un délai aussi court, la Commission ne disposait ni du temps, ni des ressources nécessaires pour procéder elle-même à des études de terrain, des analyses quantitatives ou des recherches jurisprudentielles fouillées. Vu la qualité des études et rapports consultés, cette méthode dite de « méta-évaluation », fondée sur les évaluations déjà réalisées par d'autres acteurs permet néanmoins à la Commission de fournir une appréciation déjà solidement étayée tant de l'application de la loi que de son effectivité.

32. Pour alimenter ses travaux, la Commission s'est penchée sur les rapports d'évaluation rédigés par UNIA²³ et par l'Institut pour l'égalité entre les femmes et les hommes (I.E.F.H.)²⁴.

33. La Commission a également pris en compte les rapports suivants.

- E. Bribosia et I. Rorive (avec la participation de S. Ganty), *Country report : Non-discrimination. Belgium (2015)*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, 2016.
- J. Jacquain, *Country Report : Gender Equality. How are EU rules transposed into national Law? Belgium*, DG Justice and Consumers, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, 2015.

23 UNIA, *Evaluation. Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (M.B., 30 mai 2007) (loi antiracisme) - Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (M.B., 30 mai 2007) (loi anti-discrimination)*, février 2016 [http://unia.be/files/Documenten/Evaluation_2016.pdf].

24 I.E.F.H., *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, novembre 2016.

- SPF Emploi, *Travail et concertation sociale / UNIA, Monitoring socio-économique – marché du travail et origine*, 2015.
- Différents rapports établis dans le cadre du Réseau européen des experts juridiques en matière de non-discrimination (www.equalitylaw.eu) (et notamment le rapport intitulé « Le développement de la législation contre les discriminations en Europe. Une comparaison entre les 27 États membres de l'Union, la Croatie, l'ancienne République yougoslave de Macédoine et la Turquie », préparé par I. Chopin et Th. Uyen Do, novembre 2010).
- Les différentes communications présentées à l'occasion de la journée d'étude « Évaluation de la législation anti-discrimination » du 26 février 2016 (UNIA, CPDR, CIRTES et GERME).

34. Dans la mesure du possible, la Commission a également examiné des études doctrinales publiées à propos des lois anti-discrimination²⁵. Elle a également pris soin de tenir compte de la jurisprudence, tant nationale qu'internationale. Pour ce faire, elle s'est notamment appuyée sur les banques de données créées et alimentées par UNIA²⁶ ainsi que par l'I.E.F.H.²⁷.

35. La Commission a pris connaissance avec grand intérêt des données chiffrées rassemblées par UNIA et l'I.E.F.H., tant dans les rapports annuels publiés par ces organismes que dans les rapports d'évaluation, ainsi que dans les études scientifiques commandités par ces organismes. Elle a aussi pris connaissance des données relatives au nombre de dossiers introduits en lien avec les lois de 2007, rassemblées par le Parquet général près la Cour d'appel de Liège à partir de la banque de données du Collège des procureurs généraux²⁸, tout en étant consciente des limites du système actuel de collecte de données en la matière.

36. Enfin, la Commission a procédé à des auditions de personnes possédant une expertise particulière dans la lutte contre les discriminations. La liste des personnes auditionnées est reprise en annexe²⁹. Les travaux de la commission ont aussi été alimentés par des notes présentées par certains de ses membres.

37. Le présent rapport contient des recommandations et des pistes de travail pour la suite du mandat de la Commission.

25 Et, notamment, *De Wet Bestrijding Discriminatie in de Praktijk*, sous la dir. de M. de Vos et E. Brems, Anvers, Intersentia, 2004 ; *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, sous la dir. de C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles/Bruges, La Chartre/Die Keure, 2008 ; *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination / Actuele topics discriminatierecht*, sous la dir. de C. Bayart, S. Sottiaux et S. Van Drooghenbroeck, Bruxelles/Bruges, La Chartre/Die Keure, 2010 ; *Politiques antidiscriminatoires*, sous la dir. de J. Ringelheim, G. Herman et A. Rea, Bruxelles, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015 ; *Droit de la non-discrimination*, sous la dir. de E. Bribosia, I. Rorive et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Bruylant, 2016.

26 <http://unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/jurisprudence>.

27 Pour la jurisprudence belge, voy. I.E.F.H., *Egalité entre travailleurs féminins et masculins. Droit communautaire européen / droit belge fédéral. Documentation de base*, janvier 2016, pp. 169-229 (disponible sur <http://igvm-iefh.belgium.be/fr>).

28 Ces données concernent le nombre d'affaires de discrimination entrées dans les parquets correctionnels au cours de la période allant du 1^{er} janvier 2013 au 31 août 2016.

29 Voy. Annexe 2.

38. La Commission a veillé à recueillir le consensus le plus large possible pour établir les recommandations qu'elle formule. Il n'a pas été possible de constater un consensus à propos de certaines recommandations. Dans ce cas, la recommandation reflète l'avis de la majorité de la Commission.

39. La Commission a également pris le parti d'avancer certaines pistes pour la suite de ses travaux. Le présent rapport ne constitue en effet qu'une étape intermédiaire. La Commission est appelée à déposer un rapport définitif dans les deux mois au moins qui précèdent la fin du mandat de ses membres (art. 3 de l'arrêté royal du 18 novembre 2015), à savoir au plus tard le 5 mai 2021. Les éléments qui figurent dans le présent rapport au titre de pistes pour la suite des travaux ne préjugent pas des développements que pourront prendre les travaux de la Commission.

40. Dans la suite de ses travaux, la Commission entend élargir le champ de ses investigations ainsi que la panoplie de méthodes utilisées. La Commission souhaite en particulier avoir égard à l'expérience d'autres États membres européens dans la mise en œuvre du droit de la lutte contre les discriminations. Ces expériences pourront fournir d'intéressantes pistes de comparaison et permettre de repérer des « bonnes pratiques ». La Commission entend également prendre connaissance des différents travaux d'évaluation des législations d'autres États membres afin d'affiner sa méthodologie d'évaluation. Elle souhaite en particulier avoir recours aux ressources offertes par certaines sciences sociales pour mieux appréhender l'effectivité de la loi. Elle estime qu'il serait pertinent à ce titre d'explorer l'apport tant de l'analyse économique du droit que de la sociologie du droit dans l'évaluation des lois anti-discriminations, prenant appui sur des études déjà réalisées dans ces domaines³⁰.

41. Enfin, la Commission souligne que le présent rapport n'est en aucun cas une évaluation de l'activité ni des missions des organismes de promotion de l'égalité actifs en Belgique, et en particulier d'UNIA et de l'I.E.F.H.

30 En ce qui concerne la sociologie du droit, voy. *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, sous la dir. de M.L.M. Hertogh et P.J.J. Zoontjens, Nimègue, Wolf Legal Publishers, 2006. En ce qui concerne l'analyse économique du droit, voy. *Law and Economics of Discrimination*, sous la dir. de John J. Donohue III, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

Chapitre 2 – Cohérence générale du cadre législatif

42. Le dispositif législatif intéressant la lutte contre les discriminations dans l'ordre juridique belge est pluriforme et pour le moins complexe. Il est composé de plusieurs lois fédérales : la loi anti-discrimination, la loi anti-racisme, la loi genre ainsi que certaines dispositions d'autres législations comme par exemple la loi du 4 août 1996 relative au bien-être au travail. A ces lois s'ajoutent les diverses dispositions adoptées par les législateurs des entités fédérées. A côté des instruments proprement législatifs, d'autres instruments contraignants ont été adoptés qui donnent corps au droit de la lutte contre les discriminations dans le domaine des relations de travail, à savoir plusieurs conventions collectives de travail qui sont directement inspirées par le droit européen de la lutte contre les discriminations³¹.

43. Lors de l'adoption des trois lois de 2007, l'un des objectifs poursuivis avait été de réaliser un ensemble cohérent, au sein duquel existerait une véritable symbiose. Au-delà de la nécessité de respecter les impératifs européens, cet objectif visait à garantir un traitement identique aux victimes d'une discrimination : il fallait éviter qu'une victime d'une discrimination soit traitée différemment d'une autre. Le Conseil d'État a noté à cet égard que ces lois formaient « ensemble un dispositif cohérent de législation anti-discrimination »³².

44. Certaines différences n'avaient toutefois pas pu être évitées. Parmi les formes de discrimination reconnues par la loi, l'une d'entre elles, à savoir le refus d'aménagement raisonnable, ne concerne qu'un seul motif de discrimination : le handicap³³. Cette spécificité se retrouve cependant aussi dans le droit européen³⁴. Les causes possibles de justification d'une distinction directe admises par la loi connaissent des variations selon le motif de discrimination. Mais là aussi, ces différences, qui seront examinées plus en détail au chapitre suivant³⁵, trouvent un fondement dans le droit européen. En revanche, une troisième différence est propre au contexte législatif belge : elle a trait au choix d'inscrire dans le droit pénal ou le droit civil les mécanismes de lutte contre les discriminations.

45. Cette question du choix entre la voie pénale et la voie civile a fait l'objet de vifs débats lors de l'adoption des lois du 10 mai 2007 et, auparavant, de la loi du 25 février 2003³⁶. En 1981,

31 Par exemple la Convention collective de travail n° 95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail (rendue obligatoire par l'arrêté royal du 11 janvier 2009, *M.B.*, 4 février 2009).

32 CE (section législation), avis n° 53.819 du 2 octobre 2013, Projet de loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination, *Doc. Parl.*, Chambre, 53-3297/001, p. 15.

33 Art. 4, 12°, 9 et 14 de la loi anti-discrimination.

34 L'obligation d'accorder des aménagements raisonnables n'est reconnue comme telle par le droit européen qu'en faveur des personnes handicapées et dans le domaine de l'emploi et du travail (art. 5 de la directive 2000/78/CE). Le législateur belge a été au-delà de cette obligation puisqu'il reconnaît une telle obligation dans l'ensemble des domaines visés par la loi anti-discrimination. Ce faisant, il se conforme au prescrit de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées, adoptée en 2006 et entrée en vigueur en 2008.

35 Voy. *infra*, Chapitre 3. Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations, Section 3. Les discriminations au sens strict, §§ 98 et s.

36 Sur ce débat, voy. B. BLERO, « L'incrimination pénale de la discrimination en question », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, op. cit., pp. 463-505 ; D. CACCAMISI, « Quand 'faire ce qui est juste soit plus fort' conduit à paralyser la lutte contre la discrimination raciale... Vers une dépénalisation partielle de la discrimination raciale ? », in *Les droits de l'homme, bouclier*

lors de la rédaction de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, le législateur avait opté pour un dispositif exclusivement pénal pour combattre la discrimination raciale. Or, la pratique avait montré que les spécificités de la procédure pénale étaient sources de difficultés particulières en matière de lutte contre la discrimination au point, de l'avis de certains, de compromettre l'effectivité de la protection³⁷. Dans les faits, cette loi avait fait l'objet de peu d'applications judiciaires et, en particulier, n'avait débouché sur aucune condamnation pour discrimination dans l'emploi³⁸. Dans la perspective de la transposition des directives européennes de 2000, le recours au droit pénal soulevait un autre problème : la définition de la discrimination contenue dans ces directives écarte toute condition d'*intention* discriminatoire. Pour qu'il y ait discrimination, il suffit qu'une personne adopte une mesure ou pose un acte qui revêt un caractère discriminatoire aux termes de la loi³⁹, la question de savoir si elle avait ou non l'intention de discriminer n'entrant pas en ligne de compte. Autrement dit, c'est le *fait* discriminatoire, et non l'intention, qui importe. Or, cette absence de condition d'intention se concilie malaisément avec les exigences du droit pénal. Pour ces différentes raisons, le choix fut fait de mettre en place dans la nouvelle législation, pour l'ensemble des discriminations interdites, des recours et des sanctions de nature *civile*. Sauf pour ce qui concerne la discrimination raciale, le recours au droit pénal fut limité à deux situations : la discrimination commise par un fonctionnaire, officier public, dépositaire ou agent de l'autorité ou de la force publique dans l'exercice de ses fonctions⁴⁰ et l'incitation à la discrimination, à la haine, à la violence ou à la ségrégation envers une personne ou un groupe en raison d'un groupe protégé⁴¹. Mais en matière de discrimination raciale uniquement, il fut décidé, par souci de cohérence avec la législation antérieure, de maintenir deux incriminations supplémentaires, visant la discrimination intentionnelle dans l'accès aux biens et services, d'une part, dans les relations de travail, d'autre part⁴². Les sanctions civiles instituées par la loi de 2007 sont toutefois également applicables à ces deux cas de figure : les victimes, dans ces deux hypothèses, ont donc le choix entre la voie pénale et la voie civile.

46. Ce faisant, le législateur entendait limiter au maximum les différences opérées au sein du régime juridique mis en place pour combattre les discriminations. Des interventions législatives ultérieures ont cependant renforcé ces différences.

ou épée du droit pénal ?, sous la dir. de Y. Cartuyvels et *al.*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 427-495.

37 L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi du 10 septembre 2001 relative au renforcement de la législation contre le racisme pointait les problèmes suivants : « les difficultés rencontrées par les populations étrangères à franchir les filtres initiaux que peuvent parfois représenter la police ou la gendarmerie pour l'enregistrement de plaintes ou l'établissement de procès-verbaux, la difficulté d'administrer la preuve de l'intention raciste derrière un certain nombre d'actes racistes, le manque de persévérance parfois rencontré chez certains plaignants, dont l'active collaboration est souvent indispensable » et « les réticences parfois présentes près de certains parquets » (*Doc. Parl.*, Chambre, Doc 50-1407/001, p. 6)

38 J. TOJEROW, « La réforme du 10 mai 2007 : motifs et orientation », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, *op. cit.*, pp. 1-30. Voy. aussi C. BAYART, « De opmars van het discriminatierecht in de arbeidsverhoudingen. Europees discriminatierecht van de tweede generatie en aandachtspunten voor de Belgische wetgever bij de implementatie in de Belgische rechtsorde », *J.T.T.*, 2002, pp. 309-329, spéc. p. 316.

39 Sur les différentes formes de discrimination définies par les lois de 2007, voy. *infra*, Chapitre 3. Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations, Section 3. Les discriminations au sens strict, §§ 67 et s.

40 Art. 23 de la loi anti-racisme ; art. 23 de la loi anti-discrimination ; art. 28 de la loi genre.

41 Art. 20 de la loi anti-racisme ; art. 22 de la loi anti-discrimination ; art. 27 de la loi genre.

42 Art. 24 et 25 de la loi anti-racisme.

47. C'est particulièrement le cas de la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public⁴³. Cette loi a en effet introduit deux nouvelles dispositions pénales dans la loi « genre ». Les articles 28/1 et 28/2 de la loi genre punissent désormais de sanctions pénales le fait de commettre une discrimination intentionnelle à raison du sexe dans l'accès aux biens et services et dans les relations de travail⁴⁴.

48. Avec cette intervention législative, la complexité et les disparités internes du droit de la lutte contre la discrimination ont été accrues. Le régime général ne connaît que l'incrimination du discours incitatif à la discrimination et des actes discriminatoires commis par des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, alors qu'en matière de discrimination raciale et de genre, la discrimination commise par toute personne fait également l'objet d'une interdiction pénale lorsqu'elle est intentionnelle et qu'elle concerne l'accès aux biens et services ou les rapports d'emploi.

49. Cette divergence a d'importantes conséquences puisque les deux régimes d'interdiction de la discrimination – civil et pénal – entraînent l'application de règles différentes en ce qui concerne notamment l'administration de la preuve, la charge de la preuve, le délai de prescription. Mais c'est aussi la définition de la discrimination qui varie selon le régime appliqué : alors qu'en matière civile, l'intention ne constitue pas une condition pour qu'il y ait discrimination, les sanctions pénales ne visent quant à elle que les discriminations à caractère intentionnel.

50. La Commission se propose de poursuivre la réflexion sur la cohérence générale du dispositif législatif lors de la deuxième phase de ses travaux. Elle entend examiner plusieurs pistes, de la codification générale du droit de la lutte contre les discriminations à une révision des différentes législations en vue de garantir une meilleure cohérence.

43 Loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination (*M.B.*, 24 juillet 2014).

44 « Art. 28/1. Quiconque, dans le domaine visé à l'article 6, § 1^{er}, 1°, commet une discrimination, au sens de l'article 5, 5°, 6°, 7° ou 8°, à l'égard d'une personne en raison de son sexe, est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement. Les mêmes peines sont applicables lorsque la discrimination est commise à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres en raison du sexe. »
« Art. 28/2. Quiconque, dans le domaine des relations de travail, commet une discrimination au sens de l'article 5, 5°, 6°, 7° ou 8°, à l'égard d'une personne en raison de son sexe est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement. Les mêmes peines sont applicables lorsque la discrimination est commise à l'égard d'un groupe, d'une communauté ou de leurs membres en raison de du sexe. »

Chapitre 3 – Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations

51. Trois ensembles de comportements sont visés par la législation tendant à lutter contre la discrimination : les discours de haine, les délits de haine et les discriminations proprement dites.

52. Dans ce troisième chapitre, la Commission entend rappeler brièvement la manière dont ces concepts sont définis par les lois de 2007 afin de mettre en lumière les lacunes ou difficultés que la pratique a révélées à cet égard. On se penchera tour à tour sur les notions de discours de haine, délits de haine et discrimination proprement dites. La Commission évoquera ensuite la question des « motifs protégés », qui interviennent dans la définition des trois types de comportements précités.

Section 1. Les discours de haine

53. La Commission s'est penchée sur la cohérence générale du dispositif législatif. Le cas particulier du délit de presse est évoqué au chapitre 7 du présent rapport.

54. La législation de 2007 entend combattre les discours qui contribuent à générer de la discrimination, de la haine et de la violence à raison de l'un des motifs protégés. Les trois lois de 2007 punissent de sanctions pénales le fait d'inciter, dans des conditions de publicité, à la discrimination, à la haine, à la ségrégation ou à la violence envers une personne ou un groupe sur la base de l'un des motifs protégés⁴⁵.

55. La loi anti-racisme, conformément à l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, incrimine en outre le fait de diffuser des idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale (délit de diffusion d'idées racistes)⁴⁶ et l'appartenance à un groupement ou association qui de manière manifeste et répétée, prône la discrimination ou la ségrégation fondée sur l'un des motifs protégés ou lui prête son concours (délit d'adhésion)⁴⁷.

56. Dans son rapport d'évaluation des lois de 2007 relevant de sa compétence, UNIA formule plusieurs observations critiques concernant ces deux dernières incriminations.

- UNIA s'interroge sur ce qui peut justifier le fait que l'incrimination de la diffusion d'idées fondées sur la haine ou l'infériorisation d'un groupe protégé et celle de l'adhésion à un groupe prônant la discrimination ou la ségrégation soient limitées au domaine de la loi anti-racisme et ne couvrent pas, par exemple, la diffusion d'idées ou l'appartenance à un groupe homophobes ou islamophobes. UNIA recommande au législateur d'évaluer ces dispositions et plus particulièrement l'absence de dispositions équivalentes dans la loi anti-discrimination⁴⁸.

45 Art. 22 de la loi anti-discrimination ; art. 20 de la loi anti-racisme ; art. 27 de la loi genre. Pour ce qui concerne les conditions de publicité, ces dispositions renvoient aux circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal.

46 Art. 21 de la loi anti-racisme. Là aussi, la loi renvoie aux circonstances indiquées à l'article 444 du Code pénal.

47 Art. 22 de la loi anti-racisme.

48 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 81.

- En ce qui concerne le délit d'adhésion à un groupe prônant la discrimination ou la ségrégation raciale, un doute est apparu dans la jurisprudence sur la question de savoir s'il s'agit ou non d'un délit autonome, la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle ayant adopté des positions divergentes sur ce point. Pour la première, il s'agit d'un délit autonome, qui n'exige pas que le groupement lui-même ait la personnalité juridique et/ou se rende coupable d'un comportement punissable aux termes de la loi anti-discrimination⁴⁹, tandis que selon la seconde, le groupement dont fait partie la personne poursuivie de ce chef (ou auquel elle apporte sa collaboration) doit lui-même pouvoir être puni pour incitation à la discrimination ou à la ségrégation⁵⁰. UNIA estime que cette seconde interprétation va à l'encontre du texte de loi et ne trouve aucun appui dans les travaux parlementaires. Il recommande de préciser dans la loi que le délit d'adhésion est un délit autonome⁵¹. La Cour constitutionnelle estime que la première interprétation va à l'encontre de la Constitution.

57. Ces propositions soulèvent des questions complexes sachant qu'elles mettent en jeu des restrictions à la liberté d'expression.

58. Sans se prononcer à ce stade dans un sens ou un autre, la Commission se propose de poursuivre sa réflexion dans la suite de ses travaux sur la question de l'extension éventuelle de l'incrimination de la diffusion d'idées fondées sur la haine et de l'adhésion à un groupe prônant la discrimination ou la ségrégation à la diffusion d'idées ou l'appartenance à un groupe homophobes ou islamophobes, ainsi que sur le caractère autonome du délit d'adhésion dans la suite de ces travaux.

Section 2. Les délits de haine

59. Plusieurs infractions peuvent donner lieu à une aggravation de la peine si l'un de leurs mobiles est la haine, le mépris ou l'hostilité à l'égard de la victime en raison de l'un des motifs protégés par les lois de 2007. On parle dans ce cas de « motif abject ». Les infractions visées sont limitativement énumérées dans la loi anti-discrimination⁵².

60. La Commission relève qu'UNIA, dans son rapport d'évaluation, recommande d'étendre à d'autres crimes ou délits l'aggravation facultative ou obligatoire de la peine en raison de motifs abjects, à savoir l'assassinat, l'abus d'autorité, les menaces, torture, traitement inhumain, traitement dégradant, les injures, le vol avec violences ou menaces et extorsions, voire d'autres infractions⁵³. Par ailleurs, UNIA souligne que la loi du 26 novembre 2011 modifiant et complétant le Code pénal en vue d'incriminer l'abus de la situation de faiblesse des personnes et d'étendre la protection pénale des personnes contre la maltraitance, instaure aussi une aggravation de la peine pour une série de délits. Or, les motifs énoncés par cette loi pour identifier une situation de faiblesse, à savoir l'âge, l'état de grossesse, la maladie, une infirmité ou une déficience physique ou mentale, correspondent, pour une partie d'entre eux, à des

49 Cass., 9 novembre 2004, n° P040849N.

50 Cour const., 12 février 2009, n° 17/2009, attendus B.79.5 et B.81.1.

51 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., pp. 81-82.

52 Voy. art. 377bis, 422 ter, 453bis, 514bis, 525bis, 532bis, 534quater du Code pénal, insérés en vertu de l'art. 33 de la loi anti-discrimination.

53 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., pp. 84-85.

motifs de discrimination couverts par la loi anti-discrimination. Pour éviter des disparités qu'il juge difficilement justifiables, UNIA estime qu'il serait indiqué d'étendre sa compétence d'ester en justice aux litiges auxquels peut s'appliquer la loi du 26 novembre 2011, en cas de lien avec un motif protégé relevant de sa compétence⁵⁴.

61. La Commission se propose d'approfondir dans la suite de ses travaux la question de l'extension à d'autres crimes ou délits de l'aggravation facultative ou obligatoire de la peine en raison de motifs abjects ainsi que celle de la compétence éventuelle d'UNIA pour ester en justice dans les litiges dans lesquels la loi du 26 novembre 2011 s'applique.

Section 3. Les discriminations au sens strict

62. La majeure partie des lois de 2007 est consacrée aux discriminations au sens strict. Ces notions appellent, au regard de la pratique, plusieurs observations.

A. Les contours de la discrimination

63. Conformément aux directives européennes, quatre types de comportements sont définis comme constitutifs de discrimination par l'ensemble des trois lois de 2007 : la discrimination directe, la discrimination indirecte, l'injonction de discriminer et le harcèlement⁵⁵. La loi genre interdit également le harcèlement sexuel, en plus du harcèlement⁵⁶. La loi anti-discrimination vise en outre le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée⁵⁷.

64. Ces dispositions permettent de donner corps en droit belge aux obligations qui découlent des directives européennes. Dans la pratique, la manière dont les contours de ces notions sont définis par la loi a suscité certaines interrogations ou difficultés. Quatre questions ont retenu l'attention de la Commission à ce stade : les éléments constitutifs d'une discrimination directe ou indirecte, la prise en compte de formes particulières de discrimination révélées par la pratique, le caractère inadéquat de la définition du harcèlement dans les relations de travail et la protection des travailleuses salariées en matière de grossesse et de maternité.

1. Les notions de discrimination directe et indirecte : l'absence de condition d'intention

65. Les notions de discrimination directe et de discrimination indirecte sont deux concepts centraux du droit antidiscriminatoire contemporain. Aux termes de la loi belge :

- La discrimination *directe* suppose qu'il y ait distinction directe, c'est-à-dire une situation dans laquelle, sur la base de l'un des motifs protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable ; et que cette distinction directe ne puisse être justifiée sur la base des dispositions de la loi applicable (sur ce dernier point, voy. *infra*, point B.)⁵⁸.

54 *Idem*, pp. 85-86.

55 Art. 14 de la loi anti-discrimination ; art. 12 de la loi anti-racisme ; art. 19 de la loi genre.

56 Art. 19 de la loi genre.

57 Art. 14 de la loi anti-discrimination.

58 Art. 4, 6° et 7° de la loi anti-discrimination ; art. 4, 6° et 7° de la loi anti-racisme ; art. 5, 5° et 6° de la loi genre.

- La discrimination *indirecte* suppose qu'il y ait distinction indirecte, à savoir une situation dans laquelle une disposition, un motif ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des motifs protégés ; et que cette distinction indirecte ne puisse être justifiée sur la base des dispositions de la loi applicable (sur ce dernier point, voy. *infra*, point B.)⁵⁹.

66. Dans la pratique, il apparaît que certains juges, voire d'autres acteurs institutionnels, présupposent parfois que la qualification de discrimination requiert une intention discriminatoire dans le chef de l'auteur de celle-ci. Cette idée ne correspond pas à la définition actuelle de la discrimination directe et de la discrimination indirecte en droit belge. Conformément aux directives européennes, ni la discrimination directe, ni la discrimination indirecte ne comporte de condition d'intention. Autrement dit, l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ne suppose pas d'établir que l'auteur de la mesure contestée a cherché délibérément à défavoriser un individu à raison d'un motif protégé ; il suffit que cette mesure ait pour *effet* de générer une distinction directe ou indirecte pour qu'il y ait discrimination, à moins que cette distinction puisse être justifiée sur la base de l'une des causes de justification admises par la loi. Cette règle vaut pour l'ensemble des dispositions des lois antidiscriminatoires relevant du droit civil. Par exception, les dispositions de la loi anti-racisme et de la loi genre qui érigent en infractions *pénales* certaines discriminations visent uniquement des discriminations intentionnelles⁶⁰. La Commission est néanmoins consciente que pour certains justiciables, il peut être difficile d'intégrer l'idée que l'existence d'une discrimination au sens civil ne requiert pas une intention discriminatoire. De plus amples efforts de pédagogie sont dès lors nécessaires pour garantir que chacun soit informé de la portée des dispositions des lois de 2007.

2. Les formes particulières de discrimination

67. L'expérience des différents acteurs a montré que certaines formes particulières de discrimination qui n'ont pas été prises en compte comme telles lors de la rédaction des lois de 2007, se présentent dans les faits : les discriminations multiples, la discrimination fondée sur une caractéristique présumée et la discrimination par association.

§ 1. Discrimination multiple

68. Le cadre fédéral actuel ne vise que les discriminations basées sur un seul motif. Il n'a pas été pensé pour permettre la prise en compte d'une discrimination fondée simultanément sur plusieurs motifs protégés, par exemple, dans le cas d'une personne qui serait discriminée parce qu'elle est une femme homosexuelle ou parce qu'elle est une personne handicapée d'origine étrangère. On parle dans ce cas de discrimination multiple ou intersectionnelle⁶¹. Ainsi, aux termes de la loi anti-discrimination, il y a distinction directe lorsque « sur la base de l'un des critères protégés », une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre

59 Art. 4, 8° et 9° de la loi anti-discrimination ; art. 4, 8° et 9° de la loi anti-racisme ; art. 5, 6° et 7° de la loi genre.

60 Art. 24 et 25 de la loi anti-racisme ; art. 28/1 et 28/3 de la loi genre.

61 Voy. S. FREDMAN, *Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law*, Bruxelles, Commission européenne/DG Justice et consommateurs, mai 2016 ; et S. BURRI et D. SCHIECK, *Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination ?*, Bruxelles, Commission européenne - DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, 2009.

personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable⁶². Cette distinction, « fondée sur l'un des critères protégés », constitue une discrimination directe si elle ne peut être justifiée sur la base des dispositions du Titre II de la loi. La discrimination indirecte est, elle, définie comme « la distinction indirecte fondée sur l'un des critères protégés » qui ne peut être justifiée sur la base de cette même loi⁶³. Les autres lois de 2007 contiennent des dispositions identiques.

69. S'il est loisible à un justiciable d'invoquer plusieurs discriminations basées sur différents motifs lorsqu'il introduit une action en justice, il devra le faire en distinguant les différentes discriminations dont il allègue être l'objet. En l'état, le tribunal devra examiner chacune des discriminations séparément. En revanche, il est plus complexe pour le juge de tenir compte du fait que plusieurs motifs se conjuguent pour générer une discrimination. Il est également difficile pour le juge, dans l'état actuel de la législation, de tenir compte des particularités d'une telle discrimination⁶⁴.

70. Les données quantitatives fournies par UNIA permettent de constater que les situations de discrimination multiple ne sont pas exceptionnelles. Le rapport annuel publié en 2013 signale que dans près de 15% des cas, les signalements reçus concernent plusieurs motifs de distinction⁶⁵. L'importance de la discrimination multiple explique que la Commission européenne ait consacré à cette question une étude d'ampleur⁶⁶.

71. La législation adoptée par l'une des entités fédérées, en revanche, permet expressément de tenir compte de discrimination multiple. L'article 16, § 1^{er}, du décret adopté par la Région flamande prévoit en effet qu'« [il] est question de discrimination directe lorsque quelqu'un est traité de manière moins favorable qu'une autre personne dans une situation comparable sur la base d'une ou plusieurs caractéristiques de protection réelles ou supposées octroyées en propre ou par association (...) »⁶⁷.

72. La Commission estime qu'une adaptation du cadre légal fédéral s'impose. Cette adaptation du cadre légal doit s'accompagner d'une réflexion sur les sanctions appropriées en cas de discrimination multiple. Une réflexion doit également être menée sur l'aménagement du droit d'action des organismes de promotion de l'égalité, à savoir UNIA et l'I.E.F.H., dans les

62 Art. 4, 6°, de la loi anti-discrimination.

63 Art. 4, 9°, de la loi anti-discrimination.

64 La Commission n'a eu connaissance que d'une seule décision de justice dans laquelle une discrimination multiple a été reconnue (sans que cette expression soit utilisée) puisque le juge a constaté une discrimination liée à la fois au sexe et à l'âge : C. trav. Bruxelles, 13 nov. 2012, *Ch. DS*. 2014, p. 286 (et les commentaires de L. MARKEY, « Discriminations multiples », *Chroniques de droit social/Sociaalrechtelijke Kronieken*, 2014, p. 279).

65 UNIA, *Rapport annuel 2013*, pp. 80-81. D'autres rapports annuels publiés par UNIA indiquent que certaines situations dénoncées à UNIA concernent plusieurs motifs de discrimination (UNIA, *Rapport annuel 2012*, p. 66).

66 Commission européenne - DG Emploi, affaires sociales et égalité des chances, *Tackling multiple discrimination. Practices, policies and laws*, Luxembourg, Office des publications des Communautés européennes, 2007.

67 Le Préambule de la Directive 2000/43/EC fait allusion au concept de discrimination multiple : selon le considérant 14, « [d]ans la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique, la Communauté cherche, conformément à l'article 3, paragraphe 2, du traité CE, à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes, en particulier du fait que les femmes sont souvent victimes de discriminations multiples ».

cas de discriminations multiples liées, d'une part, au genre, qui relève de la compétence de l'I.E.F.H., et, d'autre part, à un motif relevant quant à lui de la compétence d'UNIA.

73. La Commission **recommande** d'adapter le cadre légal pour permettre la prise en compte des situations de discriminations multiples sur la base des lois de 2007. Elle **recommande** également que cette adaptation s'accompagne d'une réflexion sur les sanctions appropriées en cas de discrimination multiple et sur l'aménagement du droit d'action des organismes de promotion de l'égalité.

§ 2. Discrimination basée sur une caractéristique présumée

74. Un comportement peut être discriminatoire à l'égard d'une personne parce qu'elle est perçue comme présentant un motif qui en réalité lui est étranger.

75. Les lois de 2007 n'évoquent pas expressément la possibilité de prendre en compte une discrimination basée sur une caractéristique présumée. Lors des travaux préparatoires, il a été précisé que les lois de 2007 devaient s'entendre comme visant également la discrimination sur la base d'une caractéristique présumée. Le rapport fait au nom de la Commission Justice de la Chambre indiquait en effet que « [l]es discriminations sur base des critères supposés, c'est-à-dire basées sur un motif interdit que l'auteur attribue à tort à la victime (exemple : refus de louer à une personne en raison d'une religion donnée alors qu'en réalité la victime partage une autre religion) sont bien incluses dans les concepts et interdictions prévus par les projets, tel que l'édicte le droit communautaire »⁶⁸. Ceci correspond bien à la portée que la Commission européenne entendait donner à la directive 2000/43/CE⁶⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a elle aussi précisé que « la discrimination fondée sur l'origine ethnique *réelle ou perçue* constitue une forme de discrimination raciale » contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme⁷⁰.

76. Bien que la doctrine s'accorde généralement pour considérer qu'une discrimination fondée sur un motif perçu constitue également une discrimination⁷¹, la sécurité juridique et le besoin de lisibilité plaident pour que les législations fédérales soient adaptées. Il serait utile à cet égard de s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande⁷².

77. Dans un souci de sécurité juridique, la Commission **recommande** d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination fondée sur un motif perçu. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.

68 Commission Justice de la Chambre, rapport de M. Eric Libert, 19 mars 2007 *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2710/009, pp. 41-42.

69 Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, COM(1999)566, 25 novembre 1999, p. 7 : « Le principe de l'égalité de traitement s'applique indépendamment du fait que l'origine raciale ou ethnique soit réelle ou présumée ».

70 Cour eur. D.H., *Timichev c. Russie*, arrêt du 13 décembre 2005, § 56 (nous soulignons).

71 C. BAYART et C. DEITEREN, « Direct en indirect onderscheid », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, op. cit., p. 198, et les références citées à la note 113.

72 L'article 16 § 3 du décret flamand prévoit que : « Er is sprake van directe discriminatie als iemand minder gunstig wordt behandeld dan iemand anders in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld, op grond van een of meer, *werkelijke of vermeende*, ... beschermde kenmerken (...) ».

§ 3. Discrimination par association

78. Le concept de discrimination par association vise la discrimination subie par une personne en raison du fait qu'elle est étroitement associée à un individu présentant un motif protégé. Ce concept ne figure pas en tant que tel dans les lois fédérales de 2007, tandis que les travaux préparatoires n'évoquent qu'indirectement cette question⁷³. La Cour de justice de l'Union européenne a cependant établi dans l'arrêt *Attridge c. Coleman* qu'une discrimination par association est interdite par la directive 2000/78/CE. En l'espèce Mlle Coleman avait intenté une action en licenciement implicite contre son ancien employeur, alléguant qu'elle avait subi un traitement défavorable en raison du handicap de son fils. La Cour a affirmé à cette occasion que, « l'interdiction de la discrimination directe (...) n'est pas limitée aux seules personnes qui sont elles-mêmes handicapées. Lorsqu'un employeur traite un employé n'ayant pas lui-même un handicap de manière moins favorable qu'un autre employé ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable et qu'il est prouvé que le traitement défavorable dont cet employé est victime est fondé sur le handicap de son enfant, auquel il dispense l'essentiel des soins dont celui-ci a besoin, un tel traitement est contraire à l'interdiction de discrimination directe (...) »⁷⁴. L'affaire *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*⁷⁵ offre un autre exemple de discrimination par association reconnue par la Cour de justice, bien qu'elle n'utilise pas cette expression : la requérante, qui n'était pas Rom elle-même mais résidait dans un quartier habité majoritairement par des Roms, dénonçait le fait que dans ce quartier, les compteurs électriques étaient installés à une hauteur inaccessible pour des raisons tenant à l'origine ethnique rom de la majeure partie de sa population. La Cour déclare que la notion de discrimination s'applique au cas dans lequel une personne, bien que n'appartenant pas elle-même au groupe ethnique visé, subit conjointement avec les membres de ce groupe un traitement moins favorable ou un désavantage particulier en raison d'une mesure discriminatoire⁷⁶. La Cour européenne des droits de l'homme a également consacré cette notion en reconnaissant qu'un traitement moins favorable appliqué à un individu en raison du handicap de son enfant, dont il a la charge, peut constituer une discrimination basée sur le handicap interdite par l'article 14 de la Convention⁷⁷.

79. L'absence de consécration expresse du concept de discrimination par association dans la législation fédérale n'a pas empêché une juridiction belge de faire application de cette notion. Le Tribunal du travail de Leuven a eu à connaître en 2013 d'une demande engagée par un manager d'une salle de fitness qui avait été licencié en raison du handicap de son plus jeune enfant. Faisant directement référence à la jurisprudence *Coleman*, le Tribunal du travail a jugé qu'il s'agissait d'une distinction directe fondée sur le handicap. Le travailleur a obtenu une indemnité de six mois de salaire et une indemnité complémentaire de licenciement⁷⁸.

73 Le rapport fait au nom de la Commission Justice de la Chambre se contente d'indiquer que l'affaire *Coleman* est pendante devant la Cour de justice (Commission Justice de la Chambre, rapport de M. Eric Libert, 19 mars 2007 *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2710/009, p. 42).

74 CJUE (Grande Chambre), aff. C-303/06, *S. Coleman c. Attridge Law & Steve Law*, arrêt du 17 juillet 2008, § 56.

75 CJUE (Grande Chambre), aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, arrêt du 16 juillet 2015.

76 *Idem*, § 60.

77 Cour eur. D.H., *Guberina c. Croatie*, arrêt du 22 mars 2016, § 78.

78 Trib. trav. Leuven, 10 décembre 2013, *Jan V.H. v. B.V.B.A. V.*, n° 12/1064/A.

80. La Commission estime opportun de donner une assise légale au concept de discrimination par association pour renforcer la sécurité juridique et éviter tout doute sur ce point. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de l'article 16, § 1^{er}, du décret adopté par la Région flamande qui prévoit qu' « [il] est question de discrimination directe lorsque quelqu'un est traité de manière moins favorable qu'une autre personne dans une situation comparable sur la base d'une ou plusieurs caractéristiques de protection réelles ou supposées octroyées en propre ou par association (...) »

81. Dans un souci de sécurité juridique, la Commission **recommande** d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination par association. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.

3. La définition du harcèlement dans les relations de travail

82. Les directives imposent aux États membres de prendre des mesures visant à combattre le harcèlement⁷⁹. Conformément aux obligations européennes, le harcèlement et le harcèlement sexuel sont visés parmi les comportements discriminatoires prohibés par les lois de 2007.

83. Néanmoins, les dispositions des lois de 2007 relatives au harcèlement et au harcèlement sexuel ne sont pas applicables dans le domaine des relations de travail. L'article 7 de la loi genre et les articles 6 des lois anti-discrimination et anti-racisme prévoient en effet que les dispositions de ces lois « ne sont pas applicables en cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans les relations de travail vis-à-vis des personnes visées dans l'article 2, § 1, 1^o, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ». Selon ces mêmes dispositions, « [e]n cas de harcèlement ou de harcèlement sexuel dans le cadre des relations de travail, ces personnes peuvent seulement recourir aux dispositions de la loi précitée ».

84. Outre la difficulté liée à l'éclatement du cadre législatif, cette transposition en deux temps conduit à une contrariété avec le droit européen. La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs exige en effet, pour que l'on puisse parler de harcèlement, plusieurs actes. L'article 32^{ter}, 2^o de la loi du 4 août 1996 définit le « harcèlement moral au travail » comme un « ensemble abusif de plusieurs conduites similaires ou différentes, externes ou internes à l'entreprise ou à l'institution, qui se produisent pendant un certain temps, qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique ou psychique d'un travailleur (...) ».

85. Or, les directives européennes n'exigent pas une quelconque répétition d'actes pour qu'il y ait harcèlement. Dans la directive 2006/54/CE relative à l'égalité entre hommes et femmes, par exemple, le « harcèlement » est défini comme « la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »⁸⁰. La définition du harcèlement dans les lois de 2007 correspond à

79 Art. 2, § 3, de la directive 2000/43/CE ; art. 4, 5 et 14 de la directive « refonte » 2006/54 ; art. 2, § 3, de la directive 2000/78.

80 Art. 2, § 1, c^o), de la directive 2006/54.

celle des directives⁸¹. Mais, on l'a vu, elle n'est pas applicable en matière de relations de travail⁸².

86. La Commission **recommande** au législateur d'adapter la définition du harcèlement qui figure dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs pour la mettre en conformité avec les exigences du droit européen.

4. La protection des travailleuses salariées en matière de grossesse et de maternité

87. En cas de grossesse ou de maternité, les travailleuses salariées sont protégées de longue date en droit belge par diverses dispositions et notamment par le chapitre IV de la loi sur le travail du 16 mars 1971⁸³. En outre, l'article 4, § 1^{er}, de la loi genre prévoit qu'une « distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe ». L'article 17 de la même loi dispose que « [l]es dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité ne s'analysent pas en une quelconque forme de discrimination, mais sont une condition pour la réalisation de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ».

88. Une disposition importante de la directive 2006/54/CE (directive « refonte ») relative à cette protection n'a toutefois pas été transposée dans la législation fédérale. Il s'agit de l'article 15 de la directive qui prévoit qu'« [u]ne femme en congé de maternité a le droit, au terme de ce congé, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence ».

89. L'article 42, § 1^{er} *in fine*, de la loi du 16 mars 1971 garantit le maintien des conditions d'emploi antérieurement acquises pour la travailleuse qui a fait l'objet d'une mesure particulière de protection en raison de sa grossesse (aménagement des conditions de travail ou du temps de travail, changement de poste de travail ou suspension de l'exécution du contrat de travail). Cette disposition, cependant, ne couvre pas la situation ordinaire d'une salariée qui s'est uniquement absentée durant son congé de maternité⁸⁴.

90. La Commission constate que les législations des entités fédérées contiennent quant à elles des dispositions qui transposent correctement les deux volets de l'article 15 de la directive refonte.

- L'article 15 du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 dispose qu'« [u]n parent, engagé dans une relation d'emploi visée au présent chapitre, en congé de maternité, de paternité ou d'adoption a le droit, au terme de ce congé, de retrouver sa fonction ou une fonction équivalente à des conditions qui ne lui soient pas

81 Art. 4, 10°, de la loi anti-discrimination ; art. 4, 1° de la loi anti-racisme ; art. 5, 9° et 10° de la loi genre.

82 Les dispositions de la loi du 16 mars 1971 sur le travail, et en particulier ses articles 4 et 42, ne permettent pas de combler cette lacune.

83 *M.B.*, 30 mars 1971.

84 European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-discrimination, *Country Report - Gender Equality - Belgium*, Commission européenne - DG Justice et Consommateurs, 2016, p. 23, point 5.2.8 ; I.E.F.H., *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre*, *op. cit.*, pp. 40-41.

moins favorables et de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle il aurait eu droit durant son absence ».

- L'article 22bis du décret flamand du 10 juillet 2008 prévoit que « [e]n ouder die zich in een arbeidsbetrekking bevindt en die zwangerschaps- en bevallingsverlof, vaderschapsverlof of adoptieverlof heeft, heeft het recht om onder voor haar/hem niet minder gunstige voorwaarden en omstandigheden naar haar/zijn functie of een gelijkwaardige functie terug te keren en te profiteren van elke verbetering van de arbeidsvoorwaarden waarop zij/hij tijdens haar/zijn afwezigheid aanspraak kan maken ».

91. Une lacune supplémentaire découle de l'absence de sanction directe visant l'employeur en cas de violation de l'article 42 de la loi sur le travail du 16 mars 1971.

92. La Commission **recommande** de combler les lacunes de la législation fédérale en ce qui concerne la protection des travailleuses en cas de grossesse et de maternité, comme suit :

- en transposant l'article 15 de la directive 2006/54/CE dans la législation fédérale ;
- en prévoyant une sanction en cas de violation de l'article 42 de la loi sur le travail du 16 mars 1971.

B. Les causes de justification

93. Conformément aux principes retenus par le législateur européen, les lois de 2007 prévoient que certaines distinctions de traitement peuvent être justifiées. Lorsque l'une des justifications admises par la loi est rencontrée, la distinction ne constitue pas une discrimination. Le système de justification institué par les lois de 2007 est complexe. Il comporte, d'une part, des motifs généraux de justification, valables pour toutes les situations visées par les lois de 2007 et, d'autre part, des motifs de justification spécifiques à certaines situations envisagées par cette législation⁸⁵. La Commission rappellera, d'abord, le contenu du système de justification instauré par les lois de 2007 avant de pointer, dans un deuxième temps, certaines lacunes du cadre législatif et réglementaire sur ce plan.

1. Le système de justification institué par les lois de 2007

94. Trois causes de justification valent pour toute distinction, directe ou indirecte.

- L'action positive⁸⁶. Cette notion est analysée plus loin, dans le chapitre 8. Soulignons déjà que les trois lois disposent que « les hypothèses et les conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre » seront déterminées par arrêté royal. Or, depuis l'adoption des lois de 2007, aucun arrêté royal n'a été adopté en la matière. Cette lacune est source d'insécurité juridique et empêche la mise en place, par des organisations publiques ou privées, de mesures d'action positive dans les situations où cela serait jugé nécessaire.

85 Voy., pour une analyse de ce système, S. SOTTIAUX, « De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, op. cit., pp. 227-256.

86 Art. 10 de la loi anti-discrimination ; art. 10 de la loi anti-racisme ; art. 16 de la loi genre.

- Une distinction directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs protégés ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination prohibée lorsque cette distinction est imposée par ou en vertu d'une loi, à condition toutefois qu'elles soit conforme à la Constitution, au droit de l'Union européenne et au droit international en vigueur en Belgique⁸⁷.
- Une distinction découlant des dispositions relatives à la protection de la grossesse et de la maternité ne constituent pas une discrimination. Ces dispositions sont au contraire une condition de réalisation de l'égalité de traitement entre hommes et femmes⁸⁸.

95. Les autres justifications admises diffèrent selon qu'il s'agit d'une distinction directe ou indirecte.

- Distinction indirecte

96. Dans le cas d'une *distinction indirecte*, un système de justification ouvert à été prévu, comme dans les directives européennes. Rappelons qu'une « distinction indirecte », aux termes de la législation de 2007, est « la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un motif ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés »⁸⁹. Pour l'ensemble des motifs visés par les lois de 2007 sauf le handicap, une telle distinction indirecte, fondée sur l'un des motifs protégés, ne sera pas qualifiée de discrimination lorsque deux conditions sont remplies :

- la disposition, le motif ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte est objectivement justifié par un but légitime, et
- les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

97. Dans le cas d'une distinction indirecte basée sur un handicap, une troisième condition est exigée : il doit aussi être démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne pouvait être mis en place⁹⁰.

- Distinction directe

98. Dans le cas d'une *distinction directe*, autrement dit « lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable »⁹¹, les justifications admises varient selon le motif de distinction en cause.

- a) Pour les motifs non visés par le droit de l'Union européenne mais couverts par la loi anti-discrimination – à savoir *l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction*

87 Art. 11 de la loi anti-discrimination ; art. 11 de la loi anti-racisme ; art. 18 de la loi genre.

88 Art. 17 de la loi genre.

89 Voy., notamment, art. 4, 8°, de la loi anti-discrimination. Les deux autres lois énoncent une définition identique.

90 Art. 9 de la loi anti-discrimination.

91 Voy., notamment, art. 4, 6°, de la loi anti-discrimination.

politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, une caractéristique physique ou génétique et l'origine sociale – le mode de justification est comparable à celui prévu pour les distinctions indirectes : une distinction directe fondée sur l'un de ces motifs ne constitue pas une discrimination directe si (1) elle est objectivement justifiée par un but légitime et que (2) les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires⁹². Pour les distinctions directes fondées sur la *nationalité*, en principe, le même mode de justification s'applique, sauf qu'il ne peut conduire à justifier des distinctions directes fondées sur la nationalité qui seraient interdites par le droit de l'Union⁹³.

- b) Dans le cas d'une distinction directe fondée sur *la conviction religieuse ou philosophique, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle*, autrement dit, sur l'un des motifs visés par la directive 2000/78, les justifications admises diffèrent selon le domaine d'activité en cause.
- Dans la plupart des domaines visés par la loi anti-discrimination, une distinction directe fondée sur l'un de ces quatre motifs ne sera pas constitutive de discrimination si (1) elle est objectivement justifiée par un but légitime et que (2) les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires, comme pour les autres motifs visés par cette loi⁹⁴.
 - Mais en matière de *relations de travail, de régimes complémentaires de sécurité sociale* et d'affiliation et engagement dans *un syndicat, une organisation d'employeurs ou une autre organisation professionnelle*, le système de justification prévu est plus strict. En principe, en dehors des motifs généraux de justification, une distinction directe fondée sur l'un de ces quatre motifs dans ces trois domaines peut uniquement être justifiée par des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes »⁹⁵.
 - Cependant, dans le cas d'une distinction directe fondée sur l'âge en matière de *relations de travail* et de *régimes complémentaires de sécurité sociale*, la loi, en accord avec la directive 2000/78, en revient à un système ouvert de justification : une telle distinction ne constitue pas une discrimination « lorsqu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail ou tout autre objectif légitime comparable, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires »⁹⁶.
 - Dans le cas d'une distinction directe fondée sur la *conviction religieuse ou philosophique* dans le domaine de *l'emploi et du travail*, une cause de justification supplémentaire est prévue, là encore conformément à la directive 2000/78 : « dans le cadre des activités professionnelles des organisations

92 Art. 7 de la loi anti-discrimination.

93 Art. 7, § 2, de la loi anti-racisme.

94 Art. 7 de la loi anti-discrimination.

95 Art. 8 de la loi anti-discrimination.

96 Art. 12, § 1, de la loi anti-discrimination. L'article 12, § 2, énumère plusieurs cas de figure dans lesquels une distinction directe fondée sur l'âge en matière de régimes complémentaires de sécurité sociale, ne constitue pas une discrimination.

publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation »⁹⁷. C'est ce qu'on appelle l'exception pour « entreprise de tendance ». Les organisations visées, qui se caractérisent par le fait qu'elles sont fondées sur une conviction religieuse ou philosophique, incluent, par exemple, une Église, un parti politique ou un syndicat.

- c) En ce qui concerne les distinctions directes fondées sur le sexe, là encore, le système de justification varie selon le domaine d'activité. En matière de sécurité sociale, d'avantages sociaux et d'affiliation à une organisation professionnelle, seuls les motifs généraux de justification, rappelés ci-dessus, sont susceptibles de justifier une distinction directe fondée sur le sexe. Dans les autres domaines, des justifications supplémentaires sont admises.
- Dans le domaine des *relations de travail*, une distinction directe fondée sur le sexe peut être justifiée si elle répond à une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »⁹⁸.
 - En matière de *fourniture de biens et services à la disposition du public*, la loi autorise une distinction directe basée sur le sexe dans l'hypothèse où « la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires »⁹⁹. Par ailleurs, l'article 10 de la loi genre autorise, uniquement pour les contrats conclus avant le 21 décembre 2012, l'utilisation de facteurs actuariels sexués pour établir les primes et prestations d'assurance dans les contrats d'assurance sur la vie. En revanche, pour les contrats conclus à partir de cette date, l'utilisation de facteurs actuariels sexués est interdite¹⁰⁰.
 - En matière de régimes complémentaires de sécurité sociale, la loi autorise, par dérogation à la règle générale, les distinctions fondées sur les espérances de vie des hommes et des femmes sauf dans le domaine des pensions¹⁰¹.
 - Dans les autres domaines visés par la loi genre, une distinction directe fondée sur le sexe ne constitue pas une discrimination directe si elle est objectivement

97 Art. 13 de la loi anti-discrimination.

98 Art. 13, § 1, de la loi genre.

99 Art. 9, § 1, de la loi genre.

100 Cette disposition est la conséquence de l'arrêt CJUE (Grande Chambre), aff. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, 1^{er} mars 2011. Voy. aussi Cour const., arrêt n°116/2011, 30 juin 2011.

101 Art. 12, §§ 1-2, de la loi genre. En outre, la loi autorise l'utilisation de facteurs actuariels sexués dans certains contrats ou régimes limitativement énumérés par la loi, à condition que le contrat ou régime ait été conclu au plus tard le 20 décembre 2012 (art. 12, § 3, de la loi genre). Pour les contrats ou régimes conclus après cette date, l'utilisation de facteurs actuariels sexués est interdite.

justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires¹⁰².

- d) Pour ce qui est des distinctions directes fondées sur les motifs dits « raciaux », à savoir *une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique*, le système de justification prévu par la loi anti-racisme est particulièrement strict, en accord avec la directive 2000/43. En dehors de l'hypothèse où l'un des motifs généraux de justification est applicable :
- dans le domaine des relations de travail, une distinction directe fondée sur l'un de ces motifs ne peut être justifiée que sur la base d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante »¹⁰³.
 - dans les autres domaines visés par la loi, une distinction directe fondée sur l'un de ces motifs ne peut être justifiée. Autrement dit, à moins que l'un des motifs généraux de justification ne soit d'application, toute distinction directe fondée sur l'un de ces motifs dans un autre domaine que les relations de travail constitue toujours une discrimination.

99. Soulignons que ces justifications constituent des exceptions au principe d'égalité de traitement. Elles sont donc d'interprétation stricte.

2. Les lacunes du cadre législatif et réglementaire

100. La Commission observe plusieurs lacunes dans le cadre législatif et réglementaire en ce qui concerne les causes de justification admises pour certaines distinctions directes ou indirecte.

§ 1. La notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante

101. Selon les directives européennes, les États Membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à un motif prohibé de discrimination ne constitue pas une discrimination « lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée »¹⁰⁴.

102. Comme exposé plus haut, les lois de 2007 reprennent à leur compte le mécanisme des exigences essentielles et déterminantes. Sauf application de l'un des motifs généraux de justification, une distinction directe fondée sur le sexe ou sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, dans le domaine des relations de travail, ne peut être justifiée que sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et

102 Art. 14 de la loi genre.

103 Art. 8 de la loi anti-racisme.

104 Art. 4 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 ; art. 4, § 5, de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 ; art. 4 de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 ; art. 14 § 2, de la directive « refonte » 2006/54.

déterminante¹⁰⁵. Une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique et le handicap, peut aussi être justifiée par une exigence professionnelle essentielle et déterminante lorsqu'elle se situe dans le domaine des relations de travail mais aussi des régimes complémentaires de sécurité sociale et de l'affiliation ou l'engagement dans une organisation professionnelle¹⁰⁶.

103. Ces dispositions invitent le pouvoir exécutif à adopter un arrêté royal pour préciser les situations visées par cette notion. Mais le statut de cet arrêté royal n'est pas identique dans les trois lois de 2007. La loi genre prévoit qu'un arrêté royal doit être adopté pour déterminer les situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une telle exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁰⁷. En revanche, la loi anti-discrimination et la loi anti-racisme prévoient qu'un arrêté royal peut être adopté et ce, pour établir une liste exemplative de situations dans lesquelles une caractéristique déterminée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁰⁸. Ces deux lois prévoient également qu'il appartient au juge de vérifier, au cas par cas, si telle caractéristique donnée constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante¹⁰⁹.

104. Depuis l'entrée en vigueur des trois lois de 2007, aucun arrêté royal n'a été adopté en vue de préciser la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante, quel que soit le motif de discrimination concerné. La Commission note que la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) a exhorté la Belgique à adopter un arrêté royal portant sur cette question¹¹⁰. Il existe certes des arrêtés royaux antérieurs aux lois de 2007 comportant des dispositions pertinentes sur ce plan, mais uniquement pour ce qui concerne les distinctions directes fondées sur le genre. Il s'agit des textes suivants.

- Un arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle¹¹¹. Cet arrêté a été adopté sur la base de l'article 122 de la loi du 4 août 1978 dite de réorientation économique¹¹². Il n'est applicable qu'au seul secteur privé.

105 Art. 8 de la loi anti-racisme ; art. 13 de la loi genre.

106 Art. 8 de la loi anti-discrimination. Les trois lois de 2007 précisent qu'il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsqu'une caractéristique déterminée, liée à un motif protégé, est essentielle et déterminante en raison de la nature spécifique de l'activité professionnelle concernée ou du contexte de son exécution, et que l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci (art. 8, § 2, de la loi anti-discrimination, art. 8, § 2, de la loi anti-racisme ; art. 13, § 2, de la loi genre).

107 Art. 13, § 3, de la loi genre.

108 Art. 8, § 4, de la loi anti-discrimination ; art. 8, § 4, de la loi anti-racisme.

109 Art. 8, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 8, § 3, de la loi anti-racisme.

110 ECRI, *Rapport sur la Belgique – 5^{ème} cycle de monitoring*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 4 décembre 2013.

111 Arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle (*M.B.*, 16 février 1979).

112 Selon l'article 122 de cette loi, « [l]e Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, fixer les cas dans lesquels il pourra être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels, en raison de la nature ou des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante. A cet effet, le Roi consulte la Commission du Travail des femmes. Il consulte également, pour le secteur privé, le Conseil national du Travail et, pour le secteur public, le Comité général de consultation syndicale ou le Comité général commun à l'ensemble des services publics à créer en vertu de l'article 3, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 19 décembre 1974 organisant les relations entre les autorités publiques et les syndicats des agents relevant de ces autorités. Les organes consultés donnent leur avis dans les deux mois de la demande. A l'expiration de ce délai, il pourra être passé outre ».

- Un arrêté royal du 29 août 1985 relatif aux surveillants de prison, remplacé par un arrêté royal du 10 octobre 2000 relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les services extérieurs de la direction générale des établissements pénitentiaires du ministère de la Justice¹¹³).
- Un arrêté royal du 9 novembre 1984 relatif à l'éducation surveillée¹¹⁴.

105. Ces arrêtés royaux n'ont pas fait l'objet d'une mise à jour depuis l'adoption des lois de 2007. Cette mise à jour s'impose néanmoins en raison de :

- l'évolution de la société et du marché du travail, qui peut rendre obsolète une liste adoptée il y a plus de 30 ans ;
- l'obligation imposée par la législation européenne de mettre à jour de manière régulière la liste dérogatoire (article 31 § 3 de la directive 2006/54 (refonte)¹¹⁵).

106. En outre, la validité de certains de ces arrêtés royaux pourrait être remise en question. Certes, les travaux préparatoires des lois de 2007 prévoient qu'il faut considérer que certains de ces arrêtés royaux (à savoir l'arrêté royal du 8 février 1979 et l'arrêté royal du 10 octobre 2000) conservent leur validité et seront maintenus en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient abrogés « aux fins de ne pas créer un vide juridique préjudiciable »¹¹⁶. Il n'en demeure pas moins que l'article 122 de la loi du 4 août 1978 qui constitue le fondement légal de l'adoption de l'arrêté royal du 8 février 1979 a été abrogé¹¹⁷. Le sort de ces arrêtés est dès lors pour le moins incertain.

107. La Commission **recommande** de mettre à jour les arrêtés royaux concernant, pour le motif du genre, la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante », afin de préciser les situations dans lesquelles une caractéristique donnée liée au sexe constitue une « exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Elle recommande également de poursuivre la réflexion sur l'opportunité d'adopter un ou plusieurs arrêtés royaux dans le cadre des lois anti-discrimination et anti-racisme sur cette même notion.

113 *M.B.*, 13 octobre 2000. Selon l'article premier de cet arrêté royal, « [d]ans chaque service extérieur de la Direction générale des Etablissements pénitentiaires, 60% au moins du total des emplois impliquant une fonction de surveillance, sont réservés à des personnes du même sexe que celui des détenus dont elles assurent la surveillance ».

114 Arrêté royal relatif aux conditions d'accès à certains emplois dans les établissements d'observation et d'éducation surveillée de l'État (*M.B.*, 14 décembre 1984). Un arrêté du Gouvernement flamand du 8 juin 1999 (*M.B.*, 5 août 1999) a abrogé cet arrêté royal du 9 novembre 1984.

115 Selon cette disposition, « [l]es États membres procèdent à un examen des activités professionnelles visées à l'article 14, paragraphe 2, afin d'apprécier, compte tenu de l'évolution sociale, s'il est justifié de maintenir les exclusions concernées. Ils communiquent périodiquement, et au moins tous les huit ans, le résultat de cet examen à la Commission ».

116 Commission Justice de la Chambre, rapport de M. Eric Libert, 19 mars 2007 *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2710/009, p. 96.

117 L'article 32 de la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, a abrogé le Titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique « en ce qui concerne les matières qui sont de la compétence du législateur fédéral ».

§ 2. *La fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe*

108. Comme indiqué plus haut, la loi genre permet une distinction directe basée sur le sexe « si la fourniture de biens et services exclusivement ou essentiellement destinés aux membres d'un sexe est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires » (art. 9, § 1). Mais là aussi, la loi prévoit qu'un arrêté royal sera adopté pour déterminer de manière limitative les biens et services pouvant être considérés « comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe »¹¹⁸.

109. Un projet d'arrêté royal en ce sens a été rédigé sous la législature 2011-2014. Mais le processus d'adoption n'a pas été jusqu'à son terme. Il n'existe donc toujours pas, à l'heure actuelle, de cadre réglementaire précisant quels sont les biens et services susceptibles d'être réservés aux membres d'un seul sexe. Cette lacune suscite des difficultés. En l'absence d'arrêté royal, la question de savoir si la fourniture d'un bien ou service donné peut être réservée aux hommes ou aux femmes est laissée à l'appréciation du juge, au cas par cas. Cette situation ne correspond pas à la volonté du législateur qui était de restreindre cette cause de justification à des situations limitativement identifiées dans un arrêté.

110. La Commission **recommande** l'adoption de l'arrêté royal prévu par la loi genre afin de déterminer de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe.

Section 4. La définition des motifs protégés

111. Les lois de 2007 retiennent un ensemble de motifs (ou « critères » selon le terme utilisé dans les lois) dits « protégés » (contre la discrimination) ou « prohibés » (en tant que motifs de distinction). Il s'agit d'une liste fermée de motifs.

- La loi anti-discrimination vise les motifs suivants : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine sociale (art. 3).
- La loi anti-racisme couvre les motifs suivants : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique (art. 3).
- La loi genre se réfère au motif du sexe mais précise qu'une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement et la maternité, le changement de sexe ou l'identité de genre ou l'expression de genre, est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe¹¹⁹.

118 Art. 9, § 2, de la loi genre.

119 Art. 4 de la loi genre. La directive « refonte » 2006/54 précise que la discrimination qu'elle vise inclut tout traitement moins favorable d'une femme liée à la grossesse ou au congé de maternité au sens de la directive 92/85 (art. 2, § 2, c)). En outre, elle souligne dans son préambule que la Cour de justice a considéré que le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes ne s'applique pas seulement aux discriminations fondées sur l'appartenance à l'un ou l'autre sexe mais également aux discriminations qui trouvent leur origine dans le changement de sexe d'une personne (préambule, § 3). Voy. CJUE, aff. C-13/94, *P contre S et Cornwall County Council*, arrêt du 30 avril 1996.

112. Il est bien connu que le législateur fédéral a adopté une liste de motifs protégés plus étendue que celle du droit de l'Union européenne en matière d'égalité de traitement. L'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne mentionne le sexe, la race et l'origine ethnique, l'âge, la religion ou conviction, l'orientation sexuelle et le handicap. Les distinctions fondées sur la nationalité d'un État membre sont également réglementées par le droit de l'Union. En revanche, des motifs tels que la naissance, la fortune, l'état de santé actuel ou futur ou une caractéristique physique ou génétique sont absents du droit de l'Union européenne. Les lois belges sont donc, de ce point de vue, plus protectrice que le droit de l'Union.

113. Pour autant, l'expérience acquise avec la mise en œuvre des lois de 2007 a montré qu'il était nécessaire de repenser certains des motifs retenus par le législateur. Il apparaît en effet qu'il serait pertinent d'une part d'envisager l'adaptation de certains des motifs existants, et, d'autre part, de réfléchir à l'opportunité d'ajouter de nouveaux motifs.

A. Adaptation de certains motifs

114. Certains des motifs retenus par les lois de 2007 sont apparus à l'expérience comme définis de façon trop restrictive.

- L'origine sociale

115. L'article 3 de la loi anti-discrimination mentionne « l'origine sociale » parmi les motifs visés. Ce motif visait, selon les auteurs du projet de loi, « l'appartenance à une certaine classe sociale (par exemple la noblesse) »¹²⁰.

116. L'expérience a montré que ce motif de distinction pouvait s'avérer peu adapté pour tenir compte de certaines situations. Ainsi, si une personne fait l'objet d'un traitement particulier en raison du fait qu'elle possède un casier judiciaire ou qu'elle est sans abri, il sera difficile d'utiliser le motif de l'origine sociale.

117. En outre, d'autres textes utilisent un vocabulaire qui possède une dimension plus large. C'est le cas de l'article 16, § 3, du décret flamand qui fait référence à l'« afkomst » (« l'origine » dans la traduction française de cette disposition). L'Accord de coopération utilise également un autre vocabulaire (art. 3, § 1, version française : « l'origine sociale » ; version néerlandaise : « sociale positie »)

- L'état de santé

118. L'article 3 de la loi anti-discrimination fait référence à « l'état de santé actuel ou futur » / « huidige of toekomstige gezondheidstoestand ». Ce motif ne permet pas de prendre en compte les antécédents médicaux qui pourraient affecter une personne. L'expérience a montré que certaines pratiques s'appuyaient sur les antécédents médicaux d'une personne d'une manière qui pourrait être discriminatoire.

120 Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2722/001, pp. 17-18 : « Cette dernière notion doit être comprise exclusivement dans le sens que lui assigne classiquement le droit international des droits de l'homme : l'origine sociale vise l'appartenance à une 'classe sociale' déterminée (noblesse, ...) ».

119. D'autres législateurs ont adopté une version plus englobante du motif. C'est le cas notamment du décret flamand qui évoque de manière générale la « gezondheidstoestand » de l'intéressé (art. 16, § 3, Vlaams Decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkheids- en gelijkebehandelingsbeleid). L'Accord de coopération évoque « l'état de santé » / « gezondheidstoestand », sans procéder à une quelconque distinction selon que cet état soit lié à des faits du passé, du présent ou de l'avenir.

120. La Commission est consciente que l'adaptation des motifs protégés doit se faire en tenant compte des causes de justification possibles. Elle entend ouvrir un débat plus large sur ces causes de justification dans la suite de ses travaux.

121. La Commission **recommande** d'adapter la loi anti-discrimination en supprimant, pour le motif de l'état de santé, les termes « actuel ou futur ». Pour le motif de l'origine sociale, la Commission recommande d'adapter la loi anti-discrimination pour retenir la notion d'« origine ou condition sociale » (ou « origine ou statut social »).

B. Opportunité d'inclure de nouveaux motifs protégés

122. La Commission a pris connaissance des recommandations de l'I.E.F.H. qui suggère de réfléchir à l'opportunité d'ajouter de nouveaux motifs à la liste des motifs protégés. Ces suggestions portent sur les motifs suivants.

- Le motif de la « paternité » : cette suggestion vise à mieux rencontrer les difficultés auxquelles peuvent être confrontés les hommes, dans le cadre des relations de travail, lorsqu'ils souhaitent bénéficier de congés de paternité.
- Le motif des responsabilités familiales, suite à l'entrée en vigueur de la Convention de l'O.I.T. n° 156 concernant l'égalité des chances et de traitement pour les travailleurs ayant des responsabilités familiales du 23 juin 1981. Selon l'I.E.F.H., il serait opportun de réfléchir à l'adoption d'un motif lié à l'exercice de responsabilités familiales.
- Le motif de l'allaitement, comme cela s'est fait au Royaume-Uni.
- Un motif lié aux traitements de procréation médicalement assistée.

123. La Commission se propose d'évaluer la pertinence et l'opportunité d'ajouter les motifs de « paternité », « responsabilités familiales », « allaitement » et « traitement de procréation médicalement assistée » parmi les motifs protégés.

Section 5. Les mises à jour nécessaires

124. Les diverses lois qui forment le droit de la lutte contre les discriminations font référence aux instruments européens qu'elles mettent en œuvre.

125. Les références à certaines de ces normes européennes doivent être mises à jour.

- Dans la loi genre, la directive « refonte » 2006/54/CE a remplacé les directives 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE et 79/80/CE.
- Dans la loi genre, la directive 2010/41/UE a remplacé la directive 86/613/CEE.

126. En outre, l'article 6 de la loi genre doit être adapté à la directive 2006/54/CE pour mentionner à l'article 6, § 2, 2° le concept de « travail de valeur égale ».

127. La Commission **recommande** au législateur d'effectuer les mises à jour suivantes dans la loi genre :

- introduire une référence à la directive « refonte » 2006/54/CE en lieu et place des directives 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE et 79/80/CE qu'elle remplace ;
- introduire une référence à la directive 2010/41/UE en lieu et place de la directive 86/613/CEE qu'elle remplace ;
- adapter l'article 6, § 2, 2°, de la loi genre pour y mentionner le concept de « travail de valeur égale ».

Chapitre 4 – Champ d’application personnel et matériel

128. En définissant le champ d’application de la législation de 2007, le législateur belge a été au-delà des obligations imposées par les directives européennes. Sauf pour les matières relevant de la compétence des Régions et Communautés, les trois lois de 2007 s’appliquent, quel que soit le motif en jeu, à toute personne, tant pour le secteur public que le secteur privé, dans les domaines suivants : les relations de travail ; l’affiliation à et l’engagement dans une organisation de travailleurs ou d’employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée y compris les avantages procurés par ce type d’organisation ; l’accès à et la fourniture de biens et services à la disposition du public ; la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé ; les avantages sociaux ; les régimes complémentaires de sécurité sociale ; la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal et l’accès, la participation et tout autre exercice d’une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public¹²¹. Notons que les deux derniers domaines cités ne sont visés comme tels par aucune des directives européennes relatives à la non-discrimination.

129. L’incrimination des discours de haine vaut également en dehors de ces domaines, comme le précisent les lois de 2007¹²². De même, en ce qui concerne les crimes de haine, il va de soi que l’application des dispositions pertinentes n’est pas limitée aux domaines énumérés ci-dessus.

130. Le champ d’application des lois de 2007 rencontre en principe les exigences des directives européennes. Le droit belge de la lutte contre la discrimination se caractérise cependant par un certain morcellement. D’une part, en raison de la répartition des compétences entre les différentes entités du pays, les législations fédérales ne s’appliquent pas dans les matières qui relèvent de la compétence des Communautés et des Régions. D’autre part, la lutte contre certains comportements discriminatoires est renvoyée à des législations particulières – c’est le cas par exemple du harcèlement dans les relations de travail qui est régi par la loi du 4 août 1996¹²³.

131. La Commission relève par ailleurs une difficulté particulière que pose la définition du champ d’application des lois de 2007.

132. Les législations fédérales visent notamment l’accès et la fourniture de biens et de services à la disposition du public¹²⁴, ce qui inclut le logement. Cependant, cette notion n’inclut pas les relations entre copropriétaires en ce qui concerne les espaces communs d’un immeuble en copropriété : celles-ci peuvent difficilement être considérées comme touchant à la fourniture de services « à la disposition du public ». Or, il est des situations dans lesquelles le comportement de certains copropriétaires est susceptible de constituer une distinction de traitement qui pourrait être considérée comme discriminatoire. Il existe donc une lacune dans la protection contre la discrimination dans le domaine du logement. Un locataire qui

121 Art. 5 et 6 de la loi anti-discrimination ; art. 5 et 6 de la loi anti-racisme ; art. 6 et 7 de la loi genre.

122 Art. 22 de la loi anti-discrimination ; art. 20 de la loi antiracisme ; art. 27 de la loi genre.

123 Voy., sur ce point, les observations *supra*, Chapitre 3. Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations, Section 3. Les discriminations au sens strict, §§ 82 et s.

124 Art. 5, § 1, 1°, de la loi anti-discrimination ; art. 5, § 1, 1°, de la loi anti-racisme ; art. 6, § 1, 1°, de la loi genre.

s'estimerait discriminé en raison d'une disposition incluse dans le contrat de bail ou d'une décision du propriétaire de son logement, peut se prévaloir de la législation antidiscriminatoire pertinente. En revanche, une personne propriétaire de son logement qui serait confrontée à une disposition similaire insérée dans le règlement de copropriété ou à une décision analogue mais émanant des autres copropriétaires, ne dispose à l'heure actuelle d'aucun recours.

133. En pratique, des situations impliquant des relations entre copropriétaires ont été signalées à UNIA qui pourraient être considérées comme constitutives de discrimination si la législation anti-discrimination leur était applicable. A l'heure actuelle, toutefois, ces situations sortent du champ d'application de cette législation, de sorte que les personnes concernées se voient privées de protection et qu'UNIA ne peut leur apporter son soutien. Parmi les signalements reçus par UNIA, figure notamment le cas d'un copropriétaire handicapé moteur auquel les autres copropriétaires ont refusé un aménagement raisonnable : il souhaitait aménager un petit plan incliné à l'entrée de l'immeuble pour y accéder en chaise roulante¹²⁵. L'absence de protection des personnes en situation de handicap dans ce type de situations pourrait par ailleurs être jugée contraire aux engagements de la Belgique en vertu de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 sur les droits des personnes handicapées.

134. La Commission note que l'absence des relations entre copropriétaires dans le champ d'application matériel de la loi anti-discrimination constitue une lacune dans la protection assurée par le droit belge contre les comportements discriminatoires, lacune qui est source d'inégalité entre les personnes.

135. La Commission **recommande** d'élargir le champ d'application des lois anti-discrimination pour permettre leur application aux relations entre copropriétaires.

125 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 65.

Chapitre 5 – Les acteurs institutionnels compétents pour veiller au respect de la législation

136. Différents acteurs institutionnels disposent des compétences nécessaires pour veiller au respect de la législation anti-discrimination et garantir qu'en cas de comportement discriminatoire, les personnes qui en sont victimes bénéficient d'un recours effectif.

137. Il y a, tout d'abord, les organismes spécialement créés pour contribuer à la mise en œuvre de cette législation. Les directives 2000/43/CE et 2006/54/CE imposent aux États membres de désigner un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination¹²⁶. Afin de répondre à cette obligation, la Belgique a désigné deux organismes de promotion de l'égalité compétents pour ce qui concerne (notamment) la législation fédérale : UNIA et l'I.E.F.H. Ces deux institutions jouent un rôle déterminant dans la lutte contre la discrimination. Certaines difficultés dans le dispositif mis en place ont cependant été observées. Dans ce chapitre, on pointera les difficultés liées au statut et à la répartition des compétences entre ces organismes. D'autres questions liées à l'exercice de leurs compétences par ces institutions seront évoquées dans le chapitre suivant.

138. D'autres institutions ont également un rôle clé à jouer pour garantir la mise en œuvre du droit de la non-discrimination. Vu le caractère transversal de ce droit, il entre en effet dans le champ de compétence de nombreux autres acteurs institutionnels. Ces autres institutions incluent en particulier les acteurs du monde judiciaire et policier, les services de police (pour le volet pénal), le ministère public, les magistrats du siège, mais aussi d'autres institutions telles que l'inspection du travail. Le rôle de ces institutions sera évoqué de façon plus approfondie dans les deux chapitres suivants, qui portent respectivement sur l'accès à la justice des victimes de discrimination en matière civile (Chapitre 6) et sur la mise en œuvre du volet pénal de la législation anti-discrimination (Chapitre 7). Certains points d'attention trouvent toutefois mieux leur place dans le présent chapitre et seront donc abordés dans la seconde section de celui-ci.

Section 1. Les organismes de promotion de l'égalité

139. Au niveau fédéral, les pouvoirs publics ont mis en place deux organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement : UNIA et l'I.E.F.H. La création de ces organismes est antérieure à l'adoption des lois de 2007. UNIA est issu de la transformation du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, créé à l'origine en 1993¹²⁷. Initialement, cette institution n'était compétente en matière de discrimination que pour les motifs « raciaux ». Mais sa compétence a été étendue aux nouveaux motifs de discrimination reconnus par la loi du 25 février 2003¹²⁸, puis par la loi anti-discrimination, à l'exception de la langue¹²⁹. Elle a en outre fait l'objet d'un processus d'interfédéralisation suite à l'Accord de coopération conclu par

126 Art. 13 de la directive 2000/43/CE ; art. 20 de la directive 2006/54/CE.

127 Loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*M.B.*, 19 février 1993).

128 Art. 23 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).

129 Art. 29, § 1, de la loi anti-discrimination.

l'Autorité fédérale, les Communautés et les Régions en juin 2013¹³⁰. Quant à l'I.E.F.H., compétent pour veiller au respect de la loi genre, sa création date de 2002¹³¹.

140. Le droit de l'Union européenne ne requiert formellement la mise en place d'un tel organisme que pour ce qui concerne la discrimination liée au genre (directive 2006/54/CE) et à l'origine raciale ou ethnique (directive 2000/43/CE). Ces directives exigent en outre que ces organismes disposent des compétences suivantes :

- apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante pour engager une procédure pour discrimination ;
- conduire des études indépendantes concernant les discriminations ;
- publier des rapports indépendants et émettre des recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations.

141. Sur ces deux plans, le législateur belge a été au-delà du minimum exigé par les directives européennes. Il a confié à UNIA la compétence de traiter des discriminations fondées non seulement sur les motifs « raciaux », visés par la loi anti-racisme, mais également sur l'ensemble des motifs visés par la loi anti-discrimination, à l'exception toutefois de la langue. En outre, UNIA et l'I.E.F.H. ont été dotés non seulement des compétences mentionnées dans les directives mais également d'un pouvoir supplémentaire : celui d'ester en justice dans les litiges auxquels pourrait donner lieu l'application des législations antidiscriminatoires relevant de leur compétence¹³². UNIA est aussi expressément habilité à accomplir « toute mission de conciliation ou de médiation qu'il juge utile »¹³³. L'I.E.F.H. entreprend également, de manière systématique, des démarches de médiation ou conciliation dans des dossiers relevant de sa compétence¹³⁴.

142. Certains points dans le dispositif mis en place appellent néanmoins des observations.

A. Absence d'organisme compétent pour le motif de la langue

143. L'article 3 de la loi anti-discrimination indique que la « langue » est l'un des motifs de discrimination contre lequel la loi entend lutter. Ce motif ne figure pas dans le droit européen de la lutte contre les discriminations.

144. Le législateur a confié à UNIA le rôle de veiller à la bonne application de la loi anti-discrimination. Il est néanmoins fait exception à cette compétence pour les litiges fondés sur une discrimination sur la base de la langue. L'article 29, § 2, de la loi confie cependant au Roi le soin de désigner l'organe qui sera compétent pour les discriminations fondées sur la langue. Or, à ce jour, cette désignation n'est toujours pas intervenue. Partant, les victimes d'une discrimination fondée sur la langue ne peuvent, contrairement aux victimes de discrimination liée aux autres motifs mentionnés dans la législation, bénéficier de l'aide, d'informations et de conseils d'une institution publique spécialement créée à cette fin. Ainsi, UNIA ne peut recevoir

130 Voy. *infra*, § 146.

131 L'I.E.F.H. a été créé par la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (*M.B.*, 31 décembre 2002).

132 Art. 6, § 3, de l'Accord de coopération.

133 Art. 6, § 2, de l'Accord de coopération.

134 Voy. *infra*, Chapitre 5. Les acteurs institutionnels compétents pour veiller au respect de la législation.

de signalement, ni a fortiori le traiter, lorsque la discrimination est fondée sur la langue¹³⁵. Incidemment ceci peut susciter une difficulté lorsqu'un signalement est effectué qui a trait à la fois à la langue et à un autre motif pour lequel UNIA possède bien une compétence. Ce dossier ne sera enregistré qu'en faisant abstraction de la dimension « langue ». Il convient de remédier à cette incohérence du dispositif de protection contre les discriminations, qui crée une inégalité entre les victimes.

145. La Commission **recommande** de mettre à exécution l'article 29 § 2 de la loi anti-discrimination et de désigner un organisme de promotion de l'égalité de traitement compétent pour le motif de la langue.

B. Le statut de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes

146. La Commission salue le fait qu'UNIA a été adapté à la réalité fédérale. Un accord de coopération conclu par l'Autorité fédérale, les Communautés et les Régions le 12 juin 2013 a permis l'interfédéralisation de l'ancien Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme : un Centre *interfédéral* pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations (appelé désormais UNIA) a été créé en lieu et place du département égalité des chances et lutte contre les discriminations de l'ancien Centre (fédéral) pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme¹³⁶. Grâce à cet accord, UNIA est compétent pour exercer ses missions tant dans les matières relevant de l'État fédéral que dans les matières relevant des Communautés et des Régions. Autrement dit, les victimes d'une discrimination liée à l'un des motif relevant de sa compétence ont à leur disposition une institution unique, quel que soit le domaine concerné et donc la législation – fédérale, régionale ou communautaire – applicable, ce qui facilite considérablement l'accès à cette institution.

147. L'I.E.F.H., en revanche, n'a pas été interfédéralisé. L'I.E.F.H. demeure à ce jour une institution fédérale. Il a cependant conclu des protocoles de collaboration avec cinq entités fédérées (Communauté française, Région wallonne, Commission communautaire française, Région de Bruxelles-Capitale et Communauté germanophone), ce qui lui permet d'agir contre la discrimination sur la base du genre dans les matières relevant des compétences de ces entités. La Région flamande, en revanche, a créé son propre organisme de promotion de

135 Les rapports annuels indiquent qu'UNIA est régulièrement saisi de signalements fondés sur la langue, signalements pour lesquels UNIA n'est pas compétent (UNIA, *Rapport annuel 2012*, p. 66 ; UNIA, *Rapport annuel 2013*, p. 78 ; UNIA, *Rapport annuel 2014*, p. 28).

136 Plus précisément, il fut décidé en 2013 de scinder le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme afin de confier à deux organismes distincts ses compétences en matière de lutte contre la discrimination et d'égalité des chances, d'une part, en matière de protection des droits des étrangers, d'analyse des migrations et de lutte contre la traite des êtres humains, d'autre part. L'objectif était de permettre l'interfédéralisation d'un seul de ces deux organismes, celui chargé de la lutte contre la discrimination et de la promotion de l'égalité des chances. La loi du 17 août 2013 a ainsi adapté la loi du 15 février 1993 en vue de transformer le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains (*M.B.*, 5 mars 2014) (appelé désormais Myria), tandis qu'un Accord de coopération entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés a permis la création du Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations (loi du 19 janvier 2014 portant assentiment à l'Accord de coopération du 12 juin 2013 visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations (*M.B.*, 5 mars 2014)).

l'égalité pour les motifs liés au genre¹³⁷. Il en résulte que pour savoir à quel organisme s'adresser, la victime d'une discrimination à raison du genre doit d'abord être capable d'identifier si les faits relèvent d'une matière de la compétence de la Région flamande ou d'une autre entité, ce qui demande une connaissance fine du système de répartition des compétences et peut, dans certains cas, être difficile à trancher. L'exemple des différences de traitement sur la base du genre dans l'accès à des salles de fitness est éclairant : il est difficile de déterminer avec précision quelle législation est applicable et, partant, quel organisme de protection est compétent.

148. La Commission **recommande** d'interfédéraliser l'I.E.F.H. par le biais d'un accord de coopération à conclure avec les entités fédérées.

C. La pluralité des organismes de promotion de l'égalité

149. L'accès des victimes de discrimination à l'organisme de promotion de l'égalité compétent pour traiter de leur cas peut être compliqué par l'existence d'une pluralité d'organismes de ce type. D'abord, le choix a été fait de créer deux organismes distincts, UNIA et l'I.E.F.H., compétent chacun pour différents motifs de discrimination. Ensuite, la lutte contre les discriminations est une compétence partagée entre différents niveaux de pouvoir, qui ont chacun adopté leur propre législation et parfois créé des organismes distincts compétents en la matière.

150. Cette situation n'empêche certes pas les collaborations et les échanges entre les différentes institutions compétentes pour lutter contre la discrimination. UNIA et l'I.E.F.H. coopèrent régulièrement tant dans le cadre de dossiers individuels qu'à propos de questions plus générales. Ces deux organismes ont également développé des liens de collaborations, formalisés ou non, avec d'autres institutions publiques disposant de compétences en matière de discrimination. Par ailleurs, UNIA et l'I.E.F.H. ont aussi des contacts fréquents avec le secteur associatif actif dans le domaine de la lutte contre la discrimination.

151. La Commission demeure néanmoins préoccupée par le risque de confusion et de difficultés d'orientation pour les victimes que suscite l'existence d'une pluralité d'organismes de promotion de l'égalité. En particulier, le partage de compétences entre UNIA et l'I.E.F.H. peut générer des difficultés en cas de discrimination multiple fondée à la fois sur le genre et sur un motif relevant d'UNIA. Plus largement, cette pluralité d'organismes compétents peut nuire à leur visibilité et à leur capacité à se faire connaître du grand public.

152. Pour répondre aux problèmes posés par la pluralité des organismes de promotion de l'égalité, la Commission **recommande** de créer un système de « guichet unique », au besoin virtuel, pour aider les citoyens à identifier l'organisme compétent pour traiter de leur cas. Au minimum, ce guichet unique obligerait les organismes de protection à orienter les personnes qui les interpellent vers l'organisme compétent.

137 Les discriminations peuvent être signalées à la *Genderkamer* du Vlaamse Ombudsdienst (www.vlaamseombudsman.be). Les autres compétences sont exercées par la *Afdeling Gelijke Kansen, Inburgering en Integratie* (www.gelijkekansen.be).

153. La Commission **recommande** également de mettre en place une structure de concertation entre les différents organismes de promotion de l'égalité existants dans le pays, laquelle pourrait notamment prendre des dispositions particulières pour traiter les situations de discrimination multiple intéressant les domaines de compétence de plusieurs de ces organismes.

154. La Commission observe en outre que la création d'un Institut national des droits de l'homme pourrait aider à résoudre les difficultés générées par l'existence d'une pluralité d'organismes de promotion de l'égalité.

155. La Commission **recommande** que les autorités poursuivent leurs travaux afin d'aboutir sans délai à la création d'un Institut national des droits de l'homme en conformité avec les Principes de Paris.

D. La liste des législations relevant de la compétence d'UNIA

156. L'Accord de coopération prévoit qu'UNIA est habilité à ester en justice dans tous les litiges intéressant les différentes législations relatives à la lutte contre les discriminations. Son article 6, § 3, contient une liste des lois, décrets et ordonnances concernés. Le texte de l'article 6, § 3, suggère que la liste est exemplative puisque l'énumération des différentes législations est précédée de l'adverbe « notamment » (en néerlandais : « *zoals bij toepassing van volgende wetten, decreten en ordonnanties* »).

157. Néanmoins, la question a été posée de savoir si cette liste était exemplative ou devait au contraire être considérée comme exhaustive. L'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi portant assentiment à l'Accord de coopération du 23 juillet 2012 indiquait que « l'article 6, § 3, énumère les textes législatifs sur la base desquels le Centre peut agir en justice »¹³⁸. Ceci pourrait être compris comme signifiant que la liste prévue à l'article 6, § 3, est limitative. Or, une telle interprétation aurait pour conséquence qu'UNIA ne pourrait être habilité à ester en justice sur la base d'une nouvelle législation relative à la non-discrimination qui serait adoptée par l'une des entités du pays postérieurement à l'Accord de coopération, puisque par définition elle n'aurait pu être insérée dans cette liste, à moins de modifier l'Accord de coopération lui-même.

158. La Commission constate qu'une telle conséquence ne semble pas en cohérence avec le rôle que l'ensemble des entités du pays ont voulu confier à UNIA en concluant l'Accord de coopération. La Commission restera attentive à cette question dans la suite de ses travaux.

Section 2. Les autres acteurs institutionnels

159. À côté des organismes de promotion de l'égalité, d'autres institutions publiques ont des compétences qui rendent leur contribution essentielle à une lutte effective contre la discrimination. Pour mener à bien leurs missions en la matière prévues par la loi, il importe que ces acteurs soient correctement outillés à cette fin. Dans cette section, la Commission se penche plus particulièrement sur le rôle joué par deux institutions clé dans la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'emploi : l'auditorat du travail (A) et l'inspection du

138 *Doc. Parl.*, Sénat, 4 juin 2013, 5-2137/1, p. 5.

travail (B). Plus généralement, elle souhaite attirer l'attention sur un instrument particulier susceptible d'améliorer la capacité des pouvoirs publics à surveiller le respect de la législation, à savoir les tests de situations (C). Elle soulignera enfin l'importance de la formation à fournir aux différents acteurs concernés (D). L'évaluation de la mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire par les différentes institutions compétentes se poursuivra dans les deux chapitres suivants.

A. Les moyens d'action de l'auditorat du travail

160. Compte tenu des missions et compétences qui lui sont confiées par la loi, l'auditorat du travail a un rôle important à jouer dans la mise en œuvre concrète des lois visant à lutter contre les discriminations dans les relations de travail. La Commission opère deux constats : d'une part, certaines de ces compétences semblent peu utilisées, d'autre part, l'exercice, par l'auditorat du travail, de ses missions en matière de lutte contre la discrimination pourrait être renforcé par certaines réformes.

1. Le pouvoir d'initier une procédure pour discrimination

161. L'auditorat du travail dispose de la compétence d'initier une procédure pour discrimination, tant au pénal qu'au civil.

162. Au pénal, l'auditorat du travail dispose d'une compétence qui lui permet de mettre en mouvement l'action publique par une citation directe devant le tribunal correctionnel, après avoir rassemblé les éléments utiles à l'exercice de l'action publique¹³⁹. Naturellement, en matière de lutte contre la discrimination, cette compétence ne peut être exercée qu'à l'égard des comportements visés par les lois de 2007 qui font l'objet d'incriminations pénales. Si les trois lois de 2007 punissent pénalement l'incitation à la discrimination, la discrimination *stricto sensu* dans les relations de travail n'est punie que par la loi anti-racisme et la loi genre, à condition en outre d'être intentionnelle. En revanche, il n'existe pas d'incrimination analogue dans la loi anti-discrimination, sous réserve de l'incrimination de la discrimination par un fonctionnaire ou un officier public¹⁴⁰.

163. La Commission constate que l'évaluation de l'exercice de cette compétence par l'auditeur du travail en matière de discrimination est rendue particulièrement difficile du fait qu'elle n'a pu obtenir de chiffres indiquant le nombre d'affaires dans lesquelles l'auditorat aurait décidé de poursuites pénales ou imposé une sanction alternative dans un cas de discrimination¹⁴¹.

164. La Commission relève en outre que, selon UNIA, dans certains arrondissements judiciaires, aucun magistrat de référence « discrimination » n'a été désigné au sein de l'auditorat, alors que la circulaire COL 13/2013 – examinée plus en détail dans le Chapitre 7 –

139 Art. 155 du Code judiciaire et art. 28*bis* du Code d'instruction criminelle. L'auditeur du travail peut aussi engager une action civile devant les juridictions du travail, conformément à l'article 138*bis* du Code judiciaire. Cette action est hybride puisqu'elle vise à faire constater l'existence d'une infraction pénale par une juridiction civile.

140 Art. 23 de la loi anti-discrimination.

141 Des données sont disponibles pour certains arrondissements, comme celui de Bruxelles (J. AMEEUW, « Le rôle de l'auditeur du travail dans la lutte contre les discriminations », communication présentée à la journée d'étude *Discriminations : prévenir et guérir*, organisée par Progress Lawyers Network et le MRAX, Bruxelles, 25 mars 2016).

impose la désignation d'un magistrat de référence « discriminations et délits de haine »¹⁴². Ce magistrat a notamment pour rôle d'être l'interlocuteur privilégié des services d'inspection sociale et de tous les services susceptibles de constater des infractions.

165. Sur le plan civil, l'auditeur du travail est habilité à engager une action en cessation en vertu des trois lois de 2007¹⁴³. Cette action civile, qui fait l'objet d'une procédure « comme en référé », a pour but de solliciter du président du tribunal du travail qu'il constate un acte de discrimination et en ordonne la cessation. Elle vaut pour tous les cas de discrimination visés par la loi. Or, d'après les informations fournies par UNIA dans son rapport d'évaluation, il semble que cette nouvelle procédure n'ait jamais été utilisée par l'auditorat depuis 2007¹⁴⁴.

166. La Commission se propose de poursuivre l'analyse pour déterminer quelles sont les raisons qui expliquent la non-utilisation par l'auditorat de la compétence qui lui est reconnue en matière civile d'initier une action en cessation pour discrimination.

167. La Commission **recommande** que, conformément aux dispositions prévues dans la COL13/2013, un magistrat de référence soit désigné au sein de l'auditorat du travail dans tous les arrondissements judiciaires où cette désignation n'aurait pas encore été réalisée.

168. Elle **recommande** également à l'auditorat du travail d'améliorer son système d'enregistrement des données relatives aux procédures initiées en matière de discrimination, de façon à permettre de connaître et d'analyser son action dans ce domaine.

2. La mission d'information dans les dossiers civils

169. L'auditorat du travail dispose d'une compétence particulière dans le traitement des dossiers civils : il peut, selon l'article 138^{ter} du Code judiciaire, « dans tous les litiges qui relèvent de la compétence des juridictions du travail », requérir « du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires » à l'examen d'un dossier. L'exercice de cette compétence est important car il permet d'obtenir, par exemple de la part des institutions chargées de gérer la sécurité sociale ou encore des services publics chargés de l'emploi (Actiris, VDAB ou Forem), la copie d'un dossier administratif ou d'autres renseignements administratifs auxquels le justiciable n'a pas accès. Or, de telles informations peuvent être cruciales pour aider le tribunal à déterminer s'il y a eu ou non discrimination dans un cas particulier. Cette compétence contribue par ailleurs à rétablir l'équilibre judiciaire entre les parties. Elle peut favoriser la bonne administration de la justice dans les dossiers de discrimination, sachant que la question de la preuve soulève très souvent des difficultés majeures dans ce type d'affaires¹⁴⁵.

170. La Commission note cependant que cette compétence ne permet à l'auditorat du travail de ne solliciter de renseignements que de la part d'une institution publique. Elle ne peut être exercée directement à l'endroit des employeurs ou personnes privées¹⁴⁶. Or, l'expérience indique que dans de certains dossiers, des documents qui permettraient de confirmer ou

142 Voy. UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 29.

143 Art. 20, § 1, de la loi anti-discrimination ; art. 18 de la loi anti-racisme ; art. 25 de la loi genre.

144 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 29.

145 Voy. *infra*, Chapitre 6. L'accès à la justice en matière civile.

146 J. PETIT, *Sociaal procesrecht*, Bruges, Die Keure, 2007, 126, n° 97.

d'infirmes les faits invoqués par la victime alléguée se trouvent entre les mains d'une personne privée.

171. La Commission observe qu'en revanche, lorsqu'un dossier pénal est ouvert, l'auditeur du travail dispose de pouvoirs lui permettant d'obtenir de tels documents d'un employeur privé. En effet, en sa qualité d'officier de police judiciaire, il peut accomplir des devoirs d'enquête et dès lors exiger d'un employeur la communication de documents. En tant que membre du ministère public, il dispose d'un droit de réquisition à l'égard des services d'inspection du travail dans le contexte d'une information ou d'une instruction déjà entamée¹⁴⁷. Ce droit de réquisition, qui tient partiellement en échec le pouvoir d'appréciation caractéristique de l'inspection du travail, permet en effet aux inspecteurs sociaux d'exiger des employeurs ou d'autres personnes privées la production de documents relatifs aux situations qui relèvent de la compétence des juridictions du travail¹⁴⁸. Mais ce droit de réquisition ne peut être exercé que dans le cadre d'un dossier pénal, lorsqu'une information a été ouverte¹⁴⁹.

172. Cette situation complique le travail de l'auditeur du travail et crée une inégalité entre les victimes, selon que la discrimination dont elles se plaignent relève du pénal ou du civil et, dans ce dernier cas, selon que des documents pertinents se trouvent entre les mains d'une institution publique ou d'une personne privée. Afin de permettre à l'auditeur de mener à bien sa mission d'information dans le cadre de procédures civiles pour discrimination, la Commission estime qu'il serait opportun d'étendre sa compétence pour lui permettre de solliciter, lorsqu'il l'estime pertinent, la production d'informations ou de renseignements nécessaires à l'administration de la preuve, de la part d'une personne privée. Cette extension renforcerait la capacité de l'auditeur à remplir ses missions en fournissant au tribunal tous les renseignements nécessaires pour objectiver la situation et lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause sur un cas de discrimination alléguée. La Commission souligne que la production de tels renseignements pourrait jouer en faveur du demandeur comme du défendeur, selon qu'ils confirment ou infirment les allégations du demandeur.

173. La Commission **recommande** d'étendre la compétence d'information accordée à l'auditorat pour lui permettre de solliciter, lorsqu'il l'estime pertinent pour instruire de manière objective le dossier, la production, par toute personne, d'informations ou de renseignements susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité dans le cadre d'un litige civil pour discrimination. L'exercice de cette possibilité devrait garantir le respect du contradictoire et l'égalité des parties. Les modalités de cette extension de compétence doivent faire l'objet d'un encadrement, notamment pour garantir la protection de la vie privée et du secret des affaires. Cette extension pourrait être réservée à certaines situations à définir plus précisément.

147 Art. 21 du Code pénal social ; art. 28ter, § 3 et 56, § 2, du Code d'instruction criminelle.

148 L'article 21 du Code pénal social prévoit que l'inspection sociale dispose « d'un pouvoir d'appréciation » pour fournir des renseignements et des conseils « sans préjudice du droit de réquisition du ministère public et du juge d'instruction, visé aux articles 28ter, § 3 et 56, § 2 du code d'instruction criminelle ».

149 L'article 28ter, § 3 du Code d'instruction criminelle précise que l'auditeur du travail peut exercer un « droit de réquisition » à l'égard des services d'inspection sociale « dans le cadre de l'information ». En outre, ce droit de réquisition ne concerne que les seules infractions auxquelles se rapporte la réquisition de l'auditeur du travail et ne peut être étendu aux infractions constatées lors de l'exécution de la réquisition.

3. Compétence d'avis

174. En matière civile, l'une des compétences majeures de l'auditorat du travail est d'émettre un avis dans les dossiers qui sont soumis au tribunal du travail¹⁵⁰. Selon l'article 764, al. 3, il appartient au collège des procureurs généraux d'arrêter des directives précisant dans quelles affaires un avis sera rendu. Le Collège des procureurs généraux a adopté le 10 décembre 2015 une circulaire COL 13/2015 qui précise que dans les affaires relatives aux lois de 2007, il appartient au ministère public d'apprécier l'opportunité de son intervention. Dans ces affaires (dites de la « première catégorie »), l'avis de l'auditeur n'est dès lors plus systématiquement obligatoire¹⁵¹. Pour apprécier s'il est opportun de donner un avis, l'auditeur doit, selon cette circulaire, tenir compte de l'intensité conflictuelle avérée ou potentielle de la situation, de l'existence d'indices de fraude ou encore de la question de savoir si l'auditeur peut communiquer une information utile, pertinente ou indispensable. Les juridictions du travail ne peuvent contraindre le ministère public à rendre un avis dans les litiges relatifs à la discrimination.

175. La Commission souhaite attirer l'attention sur les conséquences de cette modification qui peuvent être préjudiciables à la lutte contre la discrimination. Compte tenu de la complexité des dossiers de discrimination, l'avis de l'auditorat du travail, qui offre un éclairage neutre et apprécié, apporte une plus-value importante dans ce type d'affaires. Or, sans remettre en cause la nécessité de mieux gérer la charge de travail du ministère public, la Commission note que le nouveau système mis en place ne garantit pas que les dossiers de discrimination donneront lieu à un traitement identique dans tous les arrondissements judiciaires. Des pratiques divergentes risquent d'apparaître selon les priorités de l'auditorat du travail concerné et un certain nombre d'affaires de discrimination pourraient ne pas bénéficier de cet avis.

176. La Commission **recommande** au Collège des procureurs généraux de modifier la catégorisation des affaires relatives aux lois de 2007 dans la circulaire COL 13/2015 pour retenir que l'avis de l'auditeur est systématiquement obligatoire dans cette matière.

B. Rôle et compétences de certains services de l'inspection du travail

177. L'inspection du travail a également un rôle important à jouer dans la mise en œuvre concrète des lois de 2007 relatives à la lutte contre les discriminations. Selon les trois lois du 10 mai 2007, les fonctionnaires désignés par le Roi « surveillent le respect » des dispositions de ces lois « conformément aux dispositions du code pénal social »¹⁵².

178. Des arrêtés royaux adoptés en 2008 chargent certains membres de la Direction générale Contrôle des Lois sociales du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale de la surveillance du respect des lois de 2007¹⁵³. Certaines dispositions spéciales intégrées dans

150 Cette compétence est fondée sur l'article 764, al. 1^{er}, 12°, 13° et 14°, du Code judiciaire.

151 COL 13/2015 du Collège des procureurs généraux près les cours d'appel - directives relatives à l'avis du ministère public en matière civile en application de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de Justice.

152 Art. 32, § 1, al. 2, de la loi anti-discrimination ; art. 34, al. 2, de la loi anti-racisme ; art. 38, § 1, al. 2, de la loi genre.

153 Arrêté royal du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie et de ses arrêtés d'exécution (*M.B.*, 11 décembre 2008) ; arrêté royal du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés

la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail accordent par ailleurs des compétences particulières aux fonctionnaires de la Direction générale Contrôle du bien-être au travail¹⁵⁴.

179. La Direction générale Contrôle des lois sociales du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale est compétente pour recevoir des plaintes fondées sur les lois de 2007. L'introduction d'une telle plainte déclenche la mise en œuvre du mécanisme de protection contre les rétorsions¹⁵⁵.

180. Pour mener à bien ses missions, l'inspection du travail dispose de pouvoirs d'enquête désormais énumérés aux articles 23 à 39 du Code pénal social introduit par la loi du 6 juin 2010. Elle peut les utiliser de deux manières : soit d'initiative, soit, à la suite d'une plainte. Ses agents peuvent se rendre sur les lieux et effectuer des constatations permettant d'établir des faits objectifs et de réunir des moyens de preuve à charge et à décharge. Ils peuvent notamment recueillir des documents et entendre des témoins. En cas de constat d'infraction à une loi dont il assure le contrôle, l'inspecteur social dispose d'un pouvoir d'appréciation quant aux suites à y donner, qui lui permet de privilégier, dans de nombreux cas, une solution extrajudiciaire. Il peut aussi dresser un procès-verbal à l'attention de l'auditorat du travail.

181. La Commission observe cependant qu'un problème se pose quant à la détermination des pouvoirs dont disposent les inspecteurs sociaux dans l'exercice de leur mission de contrôle du respect des lois de 2007. De manière générale, à côté de leur mission de recherche et de constatation des infractions aux lois sociales, les inspecteurs sociaux disposent aussi d'une mission de conseil et d'avis en ce qui concerne les dispositions civiles des lois dont ils assurent le contrôle. Or, le Code pénal social, introduit en 2010 et qui a abrogé la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, ne traite que du volet pénal des missions de l'inspection du travail. Aussi, pour éviter que l'abrogation de la loi du 16 novembre 1972 par la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social n'ait pour effet de priver de base légale la mission « civile » des inspecteurs sociaux – « à savoir conseiller et donner des avis aux employeurs et aux travailleurs lorsque aucune infraction n'est perpétrée »¹⁵⁶ – il fut décidé d'indiquer dans chaque loi sociale assujettie au contrôle des inspecteurs sociaux que ceux-ci disposent des pouvoirs définis dans le Livre II du Titre premier du Code pénal social qui leur sont nécessaires pour accomplir leur mission de conseil et d'avis auprès des employeurs et des travailleurs même lorsqu'aucune infraction n'a été commise¹⁵⁷. La formule-type utilisée pour la plupart des lois sociales concernées dit que « les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au

de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et de ses arrêtés d'exécution (*M.B.*, 12 décembre 2008) ; et arrêté royal du 24 octobre 2008 désignant les fonctionnaires chargés de la surveillance du respect de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes et de ses arrêtés d'exécution (*M.B.*, 11 décembre 2008).

154 Par exemple art. 32*vicies* de la loi du 4 août 1996. Voy. aussi l'arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail (*M.B.*, 28 avril 2014).

155 Art. 17 § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 15 § 3, de la loi anti-racisme ; art. 22, § 3, de la loi genre. Voy., sur ce mécanisme, *infra*, Chapitre 6. L'accès à la justice en matière civile, Section 7 La protection contre les représailles, §§ 277 et s.

156 Exposé des motifs, Projet de loi introduisant le Code pénal social, *Doc. Parl.*, Chambre, 11 décembre 2008, 52-1066/1, § 53, pp. 72-74.

157 *Idem*.

respect des dispositions » du texte légal concerné¹⁵⁸. Or, si les lois de 2007 ont été modifiées pour y introduire une référence au Code pénal social à la place de la référence à la loi du 16 novembre 1972 qui figurait dans leur texte initial, une formulation différente de celle qui vient d'être citée a été utilisée : dans ces trois lois, il est simplement indiqué que les fonctionnaires désignés par le Roi pour surveiller le respect de cette législation, autrement dit les inspecteurs sociaux, « exercent cette surveillance conformément aux dispositions du Code pénal social »¹⁵⁹. L'absence de référence expresse aux articles 23 à 39 du Code pénal social et aux missions d'information et de conseil des inspecteurs sociaux peut créer une incertitude quant à savoir si ces derniers disposent des pouvoirs mentionnés dans ces articles pour exercer leurs missions d'ordre civil dans le cadre de ces trois lois. La Commission juge qu'il convient de clarifier cette question afin de garantir que les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs nécessaires pour accomplir leurs missions de contrôle des trois lois de 2007, y compris pour ce qui concerne leurs dispositions civiles. Cette clarification pourrait être opérée soit par le biais d'une circulaire interprétative, soit par une adaptation des trois lois de 2007 pour y indiquer, comme dans la plupart des lois sociales modifiées par la loi du 6 juin 2010, que les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions de ces lois.

182. La Commission relève par ailleurs que la Direction générale du Contrôle des lois sociales du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale a signé en octobre 2010 une convention de collaboration avec UNIA. Elle a également signé en 2014 avec l'I.E.F.H. un protocole d'accord qui met en place un cadre général de collaboration. Grâce à ces accords, UNIA et l'I.E.F.H., qui ne disposent pas de pouvoirs d'enquête, peuvent, lorsqu'ils l'estiment pertinent, soumettre une plainte au service compétent de l'inspection du travail pour qu'il procède à une enquête dans un dossier déterminé. Plus généralement, ces accords prévoient des échanges de vues et d'informations sur les questions liées à la lutte contre la discrimination dans l'emploi.

183. La Commission se réjouit de ces initiatives destinées à garantir la bonne application des lois de 2007. La Commission note cependant qu'en pratique, le nombre de dossiers liés à la discrimination traités par les services de l'inspection du travail est extrêmement réduit, selon les informations communiquées à la Commission. Cette situation s'explique sans doute par un ensemble de facteurs. La Commission constate notamment qu'en pratique, en matière de discrimination, l'intervention de l'inspection du travail se déroule principalement selon un mode réactif : il intervient lorsqu'il est saisi d'une plainte ou d'un signalement, que ce soit directement par la victime ou par l'intermédiaire d'un organisme de promotion de l'égalité ou de l'auditorat du travail. Il n'effectue pas, en d'autres termes, de travail proactif de surveillance du respect des lois interdisant la discrimination et de recherche des infractions à cette législation.

184. La Commission s'interroge sur l'existence d'incitants structurels suffisants qui pourraient inciter les services de l'inspection du travail à adopter une attitude plus proactive. Il n'est en effet pas possible actuellement pour l'inspection du travail d'imposer une amende

158 Telle est la rédaction-type adoptée par la loi du 6 juin 2010 pour modifier de nombreuses lois intéressant les relations de travail. Voy. par exemple l'article 47 de la loi du 6 juin 2010 qui modifie l'article 37, al. 2, de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

159 Art. 34, al. 2 de la loi anti-racisme, art. 32, § 1, al. 2, de la loi anti-discrimination, et art. 38, § 1, al. 2, de la loi genre, tels que modifiés, respectivement, par les articles 66, 106 et 107 de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social.

administrative dans cette matière¹⁶⁰. En outre, d'après les informations recueillies par la Commission, les services d'inspection sociale estiment que ces dossiers sont chronophages, sans que le résultat soit toujours à la hauteur des attentes ; les vérifications faites *a posteriori* à la suite d'une plainte ne permettent souvent pas de trouver des éléments de preuve suffisants.

185. La Commission comprend que les pouvoirs publics ont défini des priorités parmi les missions des services de contrôle. Elle note néanmoins à regret que la lutte contre les discriminations ne figure nullement parmi ces priorités. La Commission relève en outre que les infractions aux lois tendant à lutter contre la discrimination ne sont pas inscrites dans le Code pénal social. Elles souffrent dès lors sans doute d'un manque de visibilité pour les services de contrôle.

186. La Commission estime qu'il convient de renforcer la capacité de l'inspection du travail à agir de façon proactive afin de remplir plus efficacement sa mission de surveillance du respect de la législation antidiscriminatoire. Un moyen intéressant à cet égard consisterait à donner à l'inspection du travail la compétence légale de réaliser des tests de situation ciblés, le cas échéant basés sur l'intervention de « clients mystère » (« mystery calls »), afin d'identifier des pratiques discriminatoires qui auraient cours dans certains secteurs ou organisations¹⁶¹. La notion de « tests de situation » et de « mystery calls » est exposée plus en détail au point suivant. L'attribution d'une telle compétence à l'inspection du travail nécessiterait bien entendu un encadrement légal¹⁶².

187. La décision de procéder à de tels tests dans un secteur d'activité ou à l'égard d'une organisation spécifique pourrait être conditionnée à la réunion d'éléments laissant soupçonner l'existence de pratiques discriminatoires dans le secteur ou l'organisation concerné, comme des signalements répétés auprès de l'inspection lui-même ou d'un organisme de promotion de l'égalité ou des analyses statistiques, basées sur des données agrégées, révélant un risque accru de discrimination.

188. La Commission **recommande** d'adapter les lois de 2007 pour y indiquer que les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions des lois de 2007.

189. La Commission **recommande** que les services compétents de l'inspection du travail adoptent une attitude plus proactive dans l'exercice de leur mission de surveillance du respect des lois de 2007.

160 L'article 69 du Code pénal social permet à l'administration d'infliger une amende administrative. Cette compétence n'existe cependant qu'à l'égard des infractions visées au Livre 2 du Code pénal social.

161 Voy. la recommandation formulée par UNIA dans son rapport d'évaluation, *op. cit.*, p. 49. L'article 25 du Code pénal social pourrait être adapté pour viser expressément la possibilité pour l'inspection sociale de procéder à de tels tests.

162 Elle suppose en particulier d'adapter l'article 20 du Code pénal social relatif au titre de légitimation.

C. Un mode particulier de contrôle du respect de la législation : les tests de situation et les « clients mystère »

190. Des recherches empiriques réalisées dans différents secteurs, en particulier l'emploi et le logement, indiquent que la discrimination à l'encontre des membres de certains groupes reste fréquente. Les études scientifiques menées à la demande d'Unia pour le « Baromètre de la diversité dans l'emploi » indiquent en particulier que les personnes de plus de 45 ans ainsi que les personnes d'origine étrangère courent un risque particulièrement élevé de discrimination à l'embauche¹⁶³. Une enquête réalisée par le *Minderhedenforum* dans le secteur des agences de titres services a montré que 62,5% des agences interrogées répondaient favorablement à la demande d'un client d'obtenir une aide ménagère « qui ne soit pas allochtone », bien qu'il s'agisse d'une demande discriminatoire interdite par la législation¹⁶⁴. D'un autre côté, ainsi qu'il est exposé dans le chapitre suivant, on observe que différents obstacles entravent la capacité des victimes de discrimination à dénoncer celle-ci en justice et à obtenir réparation. Et pour certaines pratiques discriminatoires, comme celle révélée par l'enquête du *Minderhedenforum*, il est quasiment impossible pour les victimes de les détecter.

191. Dans ces conditions, il semble que pour garantir le respect de la législation interdisant la discrimination, les autorités ne peuvent se limiter à laisser aux victimes le soin de dénoncer les manquements à celle-ci. Une attitude plus proactive des autorités compétentes, visant à identifier les pratiques contraires à cette législation afin d'y apporter une réponse adéquate doit être encouragée si l'on veut garantir l'effectivité de la législation. Une telle attitude est également importante par souci d'équité envers les acteurs économiques soumis à cette législation, afin d'éviter des déséquilibres entre ceux qui respectent la législation et ceux qui ne la respecteraient pas.

192. Dans cette optique, une méthode particulière pourrait s'avérer d'une grande utilité pour aider les instances compétentes à exercer leur mission de surveillance du respect de la législation : les tests de situation et la méthode des « clients mystère » (ou « mystery calling » ou « mystery shopping »).

193. Les tests de situation sont un dispositif visant à « tester », dans la vie réelle, les pratiques de sélection d'un ou plusieurs acteurs économiques afin d'identifier si elles sont entachées de discrimination. Le test suppose en principe de constituer deux groupes d'individus, aux profils équivalents du point de vue de tous les éléments pertinents pour la sélection à opérer (qualification professionnelle, expérience, etc.), différant uniquement par le fait que l'un des deux groupes présente une caractéristique « à risque » de discrimination (leur origine, leur sexe, leur âge, par exemple). S'il apparaît que le groupe présentant cette caractéristique est moins bien traité que l'autre, cette différence de traitement est *a priori* attribuable à ce motif, ce qui indique un comportement discriminatoire¹⁶⁵. Une variante des tests de situation consiste

163 Voy., UNIA, *Baromètre de la diversité – Emploi*, 2012, spéc. pp. 49-54 et 73-75. Voy. aussi UNIA, *Baromètre de la diversité – Logement*, 2014 (disponibles sur <http://unia.be/fr>).

164 N. SPAAS, « Dienstencheques : subsidiëren om te discrimineren ? », *Minderhedenforum*, 22 février 2015 (disponible sur www.minderhedenforum.be).

165 Sur cette notion, voy. G. CALVÈS, « Au service de la connaissance et du droit : le *testing* », *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5 ; I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, op. cit., pp. 415 et s., spéc. pp. 432-436 ; O. DE SCHUTTER, « Prouver la discrimination », *ERA Forum*, septembre 2003, vol. 4, n° 3, pp. 45-54, spéc. pp. 51-52.

dans la technique du « client mystère » (« mystery shopping » ou « mystery calling »), telle qu'utilisée par le *Minderhedenforum* dans l'enquête citée ci-dessus. Il s'agit cette fois pour l'enquêteur de demander, par exemple, à une agence de placement de travailleurs, de lui fournir un travailleur en assortissant sa demande d'une condition discriminatoire, par exemple, « pas de personne d'origine étrangère ». L'enquêteur observe alors si l'agence répond favorablement ou non à cette demande illégale.

194. Ces méthodes peuvent être utilisées à différentes fins. Leur usage le plus fréquent est à des fins de connaissance et de sensibilisation. L'objectif est alors d'évaluer la réalité et l'ampleur des discriminations pratiquées sur le marché de l'emploi ou dans d'autres secteurs afin d'objectiver et de faire connaître le phénomène¹⁶⁶. A la fin des années 1990, une étude comparative basée sur la méthodologie des tests de situation a ainsi été réalisée dans le secteur de l'emploi dans plusieurs pays d'Europe, dont la Belgique, à l'initiative du Bureau international du travail¹⁶⁷. Certaines des recherches réalisées à la demande d'UNIA pour constituer le baromètre de la diversité reposent aussi sur ce type de méthodologie.

195. Un deuxième usage des tests de situation, accepté dans certains pays, consiste à y recourir pour apporter la preuve d'une discrimination en justice. La Commission y reviendra dans le chapitre suivant.

196. Un troisième usage se développe actuellement dans différents pays : il consiste, pour les pouvoirs publics, à faire réaliser de tels tests dans un but de monitoring afin de vérifier si la législation antidiscriminatoire est respectée. Ainsi, en France, le gouvernement a fait procéder au cours de l'année 2016 à une vaste opération de tests de discrimination à l'embauche afin d'évaluer si les candidats portant des noms à consonance étrangère étaient victimes de discrimination¹⁶⁸.

197. La Commission estime qu'il serait pertinent que les pouvoirs publics en Belgique procèdent à l'organisation de tels tests dans cette troisième optique. Ces tests devraient être réalisés par des personnes qualifiées, dans des secteurs ou à l'égard d'organisations identifiés préalablement comme potentiellement problématiques en termes de discrimination.

198. La Commission rappelle à cet égard que les autorités publiques disposent déjà dans d'autres domaines de la possibilité de recourir à cette méthode. Ainsi, en matière de services de paiement et de crédit, les fonctionnaires de l'inspection économique désignés par le Ministre peuvent, en vue de la recherche et de la constatation des infractions aux dispositions du Code de droit économique, « approcher l'entreprise en se présentant comme des clients ou clients potentiels, sans devoir communiquer leur qualité et le fait que les constatations faites à cette occasion peuvent être utilisées pour l'exercice de la surveillance »¹⁶⁹. Dans le secteur financier, l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA) a également été dotée de la même possibilité de « charger des membres de son personnel ou des tiers mandatés par ses soins de se rendre auprès des entreprises (...) en se présentant comme des clients ou clients

166 I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », *op. cit.*, p. 433.

167 P. ARRIJN, S. FELD et A. NAYER, *Discrimination in access to employment on grounds of foreign origin : The case of Belgium*, International Migration Papers, International Labour Office, Geneva, 1998.

168 « Le gouvernement fait procéder à des tests de discrimination à l'embauche », *Le Monde*, 18 avril 2016, et « Discrimination à l'embauche : un 'testing' aux résultats accablants », *La Tribune*, 12 décembre 2016.

169 Art. XV-17, § 1, du Code de droit économique.

potentiels, sans devoir dévoiler leur qualité de membre du personnel de la FSMA ou de tiers mandaté par celle-ci et sans devoir préciser que les informations obtenues lors de cette visite pourront être utilisées par la FSMA aux fins de l'exercice de son contrôle »¹⁷⁰.

199. La Commission estime que les balises qui limitent cette compétence pourraient être utilement intégrées à la réflexion sur l'octroi à d'autres autorités publiques d'une compétence permettant d'organiser des tests de situation. Le Code de droit économique indique par exemple que les personnes concernées « ne peuvent être provoquées au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle »¹⁷¹. En outre, cette compétence « peut uniquement être exercée s'il est nécessaire à l'exercice de la surveillance de pouvoir constater les circonstances réelles valables pour les clients habituels ou potentiels »¹⁷².

200. La Commission est consciente du caractère délicat de l'utilisation de tests de situation. D'abord, cette méthode exige le respect d'une méthodologie rigoureuse. La possibilité, pour l'inspection du travail ou une autre autorité, de disposer de la compétence de réaliser de tels tests nécessiterait un encadrement légal ou réglementaire afin d'en définir les conditions. De l'avis de la Commission, une telle compétence devrait servir à réaliser des contrôles ciblés. La décision de procéder à de tels tests dans un secteur d'activité ou à l'égard d'une organisation spécifique pourrait être conditionnée à la réunion d'éléments laissant soupçonner l'existence de pratiques discriminatoires dans le secteur ou l'organisation concerné.

201. Il importe par ailleurs d'être conscient du fait que cet outil a ses limites : en matière d'emploi, plus les qualifications demandées pour un emploi sont complexes et variées, plus il est difficile de constituer des groupes de candidats aux profils parfaitement équivalents. Mais l'expérience a montré que pour certains types d'emplois, surtout les emplois demandant peu ou pas de qualifications, cette méthode peut constituer un instrument pertinent pour mettre au jour des pratiques discriminatoires. En outre, cette méthode peut être particulièrement utile pour appréhender des cas de discrimination structurelle.

202. La Commission **recommande** aux pouvoirs publics d'examiner la possibilité de réaliser, ou de faire réaliser par des tiers agréés, sur la base d'informations pertinentes, des tests de situation de façon à vérifier le respect de la législation antidiscriminatoire à des fins générales de monitoring. Elle **recommande** plus particulièrement d'envisager l'attribution à l'inspection du travail d'une compétence légale expresse de réaliser des contrôles ciblés par le biais de la méthode des tests de situation, le cas échéant basés sur l'intervention de « clients mystère » (ou « mystery shopping » / « mystery calling »).

D. Formation des acteurs

203. Le droit de la lutte contre les discriminations est de facture récente et présente une complexité toute particulière, en raison de son caractère transversal – il touche à différentes branches du droit et relève à la fois du pénal et du civil – et de sa dimension européenne et

170 Art. 87quinquies de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Cette disposition a été 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.

171 Art. XV-17 § 1, al. 4, du Code de droit économique.

172 *Idem*.

internationale. L'expérience tend à montrer que certains acteurs institutionnels concernés par la mise en œuvre de la législation antidiscriminatoire, en ce compris les magistrats, en ont une connaissance qui reste superficielle, ce qui peut conduire à des erreurs d'interprétation. Certains concepts importants de ce droit semblent encore mal connus. La notion de discrimination indirecte, par exemple, serait, d'après l'I.E.F.H., « sous exploitée et mal comprise »¹⁷³.

204. Certes, des efforts importants de formation ont déjà été consentis. Mais la Commission estime qu'ils doivent être poursuivis et intensifiés. La Commission note qu'un module consacré au droit de la lutte contre les discriminations est intégré dans la formation de base des magistrats assurée par l'Institut de formation judiciaire¹⁷⁴. D'autres formations approfondies sont offertes par ce même institut aux magistrats de référence en matière de lutte contre les discriminations et délits.¹⁷⁵ Il est important que ces formations permettent à leurs destinataires de maîtriser les développements les plus récents de la jurisprudence, notamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme.

205. Un effort identique doit être fourni à l'intention des officiers de police et autres acteurs de terrain qui, dans le cadre de l'application de la COL 13/2013 sont appelés à travailler dans le champ de la lutte contre les discriminations. Compte tenu du renouvellement fréquent du personnel actif dans ces missions, ces efforts doivent être institutionnalisés.

206. Au-delà des acteurs institutionnels, la Commission estime tout aussi important d'offrir aux employeurs et aux autres acteurs économiques concernés par cette législation des formations spécialisées pour leur permettre d'être correctement informés et de mesurer adéquatement les implications de la loi antidiscriminatoire pour leurs activités.

207. De telles formations peuvent également être très utiles pour le secteur associatif, les avocats et d'autres personnes susceptibles d'être concernées par cette législation.

208. La Commission **recommande** que

- l'effort de formation à destination des magistrats (du siège et du ministère public, en particulier de l'auditorat du travail) et des services de police et d'inspection du travail soit amplifié, avec l'assistance des organismes de promotion de l'égalité ;
- des formations adaptées aux différents publics concernés par la législation, en particulier les employeurs, soient également organisées.

173 I.E.F.H., *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre*, op. cit., p. 8.

174 Code SPE-003.

175 Par exemple la formation Code SPE-147001.

Chapitre 6 – L'accès à la justice en matière civile

209. En 2003, lors de la première tentative de réforme du droit antidiscriminatoire, le législateur a décidé de faire un choix différent de celui opéré en 1981, lors de l'adoption de la loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie : il a mis en place des recours principalement d'ordre civil, plutôt que d'ordre pénal, pour répondre aux cas de discrimination. Des incriminations pénales demeurent dans la législation mais elles sont limitées à certains cas précis¹⁷⁶. Les recours d'ordre civil, en revanche, s'appliquent à tous les cas de discrimination tels que définis par la loi. Le volet civil du dispositif législatif intéressant la lutte contre les discriminations a été renforcé lors de l'adoption des lois de 2007. Ce volet comprend plusieurs éléments, notamment :

- un dispositif de protection contre les représailles en cas d'introduction d'une plainte pour discrimination ;
- la possibilité d'engager une action en cessation ;
- la possibilité d'obtenir une indemnisation forfaitaire.

210. La Commission a choisi d'examiner ces dispositifs à la lumière du concept d'accès à la justice. Cette perspective s'impose dans la mesure où, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, le législateur de 2007 avait précisément comme objectif de remédier aux obstacles constatés en pratique dans l'accès à la justice. Faciliter les recours judiciaires en cas de discrimination était également l'une des préoccupations des directives européennes. Plusieurs dispositifs de la législation de 2007 répondent à cette préoccupation.

211. L'examen ne sera pas limité au volet strictement judiciaire. La notion d'accès à la justice est entendue de manière plus large comme désignant le droit de bénéficier d'une *protection juridictionnelle efficace*. Elle suppose donc « la possibilité pour une victime, non seulement de faire comparaître les auteurs des faits devant la justice, mais aussi d'obtenir un dédommagement adéquat et rapide pour le préjudice subi »¹⁷⁷. Autrement dit, assurer un accès effectif à la justice en cas de discrimination requiert de garantir les conditions permettant aux victimes d'obtenir réparation du tort subi dans un délai raisonnable.

212. L'examen fait apparaître que, malgré les améliorations apportées par les lois de 2007, un ensemble d'obstacles continuent de rendre difficile l'accès à la justice des personnes victimes de discrimination : une large part du public connaît mal la protection que leur garantit la législation (1), le coût (5) et la longueur (6) des procédures sont des facteurs majeurs qui dissuadent nombre de victimes d'agir, tandis que pour celles qui agissent, apporter la preuve en justice d'une discrimination subie demeure souvent extrêmement difficile (8). Les lois de 2007 ont certes habilité certains acteurs institutionnels ou collectifs à ester en justice pour faire respecter l'interdiction de la discrimination, mais ces acteurs agissent peu (3). Les délais de prescription des recours (4), le mécanisme de protection contre les représailles (7) et la question du caractère « adéquat, proportionnel et effectif » des sanctions prévues par les lois de 2007 (9) appellent également des observations. Par ailleurs, les solutions extrajudiciaires

176 Voy. *supra*, Chapitre 3. Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations.

177 *L'accès à la justice en Europe : présentation des défis à relever et des opportunités à saisir*, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2012, p. 63.

négociées grâce à l'intervention d'un organisme de promotion de l'égalité offrent une alternative intéressante à la voie judiciaire, mais peuvent présenter certains inconvénients (2).

Section 1. L'information des victimes sur leurs droits

213. L'accès à la justice ne peut se concevoir sans que les victimes soient suffisamment informées de leurs droits pour faire la démarche de formuler une plainte contre une discrimination qu'elles estiment avoir subies, que ce soit auprès d'une institution publique, d'une association, d'un syndicat ou d'une autre entité.

214. Pour garantir l'accès à l'information, le dispositif européen exige des États membres qu'ils désignent des organismes de promotion de l'égalité, chargés notamment de fournir aux victimes une aide indépendante pour engager une procédure en justice¹⁷⁸.

215. La Commission note que les deux organismes désignés par les autorités belges pour veiller au respect de la législation contre la discrimination, UNIA et l'I.E.F.H., réalisent un travail essentiel d'information, de conseil et de soutien aux personnes qui s'estiment victimes de discrimination et peuvent ainsi faciliter leur accès à la justice. Ils mettent à la disposition du public une information claire et adaptée tant sur les législations pertinentes que sur les procédures qui peuvent être mises en œuvre en cas de discrimination. Les deux organismes ont également mis en place des services de première ligne efficaces pour répondre aux demandes d'informations et enregistrer les signalements de discrimination. La Commission note par ailleurs que les deux organismes de promotion de l'égalité ont organisé leur service de première ligne de manière à pouvoir récolter des données statistiques qui permettent de nourrir les analyses de tendance.

216. La Commission relève néanmoins certaines faiblesses du dispositif d'information. La question se pose, tout d'abord, de savoir dans quelle mesure les deux organismes de promotion de l'égalité sont suffisamment connus du grand public : une étude réalisée en 2011, basée sur des entretiens avec différents acteurs spécialisés, indiquait que si UNIA est bien connu, de nombreuses personnes continueraient à l'associer uniquement à la discrimination raciale, sans avoir conscience de l'ampleur de sa mission¹⁷⁹. La même étude relevait que l'I.E.F.H. jouirait d'une notoriété moindre¹⁸⁰. Ce déficit, réel ou perçu comme tel, ne contribue pas à une bonne diffusion de l'information.

217. L'existence de deux organismes différents peut par ailleurs être source de confusion pour les victimes. Ceci se fait particulièrement ressentir en cas de discrimination multiple, liée à la fois au genre et à un motif pour lequel UNIA est compétent. Dans ce cas, il est délicat de déterminer quel organisme est compétent.

218. En outre, la Commission note que si UNIA dispose de points de contact locaux qui facilitent l'accès des victimes, surtout les plus fragilisées, à cet organisme en leur permettant d'avoir un

178 Art. 13, § 2, de la directive 2000/43/CE, et art. 20 de la directive 2006/54 (refonte).

179 J. VRIELINK et V. VANDERSTEEN, *Access to Justice – A Sociological Study on Cases of Discrimination in the EU – FRA D/SE/10/05. National Assessment Reports. Fieldwork Research. Belgium*, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, juin 2011, p. 6.

180 *Idem*.

contact personnel avec un de ses représentants dans l'ensemble du pays et non pas seulement dans la capitale, il n'en va pas de même de l'I.E.F.H.

219. Un autre facteur qui rend difficile la bonne information du public est la complexité du dispositif législatif – réparti en trois lois différentes au niveau fédéral, auxquelles s'ajoutent les législations adoptées par les entités fédérées dans leurs domaines de compétences. Cette situation ne va pas sans compliquer la possibilité pour les victimes de s'informer de leurs droits et d'identifier les recours à leur disposition. En outre, contrairement à UNIA, l'I.E.F.H. n'a pas fait l'objet d'un processus d'interfédéralisation¹⁸¹. La victime d'une discrimination à raison du genre doit dès lors d'abord être capable d'identifier dans quelle sphère de compétence se situent les faits litigieux, pour pouvoir déterminer quel est l'organisme compétent.

220. Une autre étude qui mérite d'être mentionnée est l'enquête EU-Midis sur l'expérience de la discrimination par les personnes immigrées et les minorités ethniques dans les pays de l'Union européenne. Cette étude, réalisée en 2009, montrait que parmi les personnes interrogées déclarant avoir subi une discrimination au cours des 12 derniers mois, l'écrasante majorité répondaient qu'elles n'avaient pas signalé cet incident auprès d'une autorité publique ou d'une organisation quelconque¹⁸². Dans le cas des groupes interrogés en Belgique, le taux de non-signalement d'un incident de discrimination perçue était de 66% pour les personnes d'origine nord-africaine et de 83% pour les personnes d'origine turque¹⁸³. Les raisons les plus fréquemment citées par les personnes interrogées dans les différents pays pour expliquer ce non-signalement étaient le sentiment que « cela n'aurait eu aucun effet », le fait de « ne pas savoir comment signaler cette discrimination » et l'impression que ce genre d'incidents étaient trop fréquents dans leur vie quotidienne pour être signalés¹⁸⁴.

221. Ces différents éléments donnent à penser que l'information du public sur la législation antidiscriminatoire reste à améliorer et que le taux de sous-rapportage des faits de discrimination en Belgique, comme dans d'autres pays, est probablement important. La réalisation d'une enquête approfondie sur la question serait souhaitable pour mieux connaître le phénomène.

222. Aux yeux de la Commission, il n'y a aucune raison de penser que ces constats ne valent pas pour la Belgique. Malgré les efforts entrepris, le sous-rapportage des faits de discrimination demeure dès lors important.

223. La Commission décide de demeurer attentive aux efforts entrepris par les différents acteurs visant à améliorer l'accès des justiciables à l'information pertinente sur la législation interdisant la discrimination.

181 *Voy. supra*, Chapitre 5. Les acteurs institutionnels compétents pour veiller au respect de la législation, Section 1. Les organismes de promotion de l'égalité, § 147.

182 Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Enquête de l'Union européenne sur les minorités et la discrimination (EU-Midis). Rapport sur les principaux résultats*, 2009, Office des publications de l'Union européenne, pp. 51-53.

183 *Idem*, p. 53.

184 *Idem*, p. 56-58.

Section 2. L'accès à des modes alternatifs de règlement des litiges

224. Des modes de règlement des différends alternatifs à la voie judiciaire peuvent également être adéquats pour permettre aux victimes de discrimination d'obtenir justice.

225. Parmi les compétences qui lui sont attribuées, UNIA a expressément été mandaté pour promouvoir des solutions extrajudiciaires, négociées avec les parties, chaque fois que ceci semble opportun, dans les dossiers qui lui sont soumis¹⁸⁵. Dans la pratique, La Commission note néanmoins que tant UNIA que l'I.E.F.H. ont développé une pratique de médiation et de conciliation : après une évaluation du dossier, UNIA commence toujours par explorer avec les parties concernées la possibilité de parvenir à un règlement extrajudiciaire. Cette intervention consiste, en fonction des éléments du dossier, soit en une « conciliation », lorsqu'UNIA se limite à mettre les parties en présence et à les encourager à s'accorder sur une solution amiable, soit en une « négociation », lorsqu'UNIA négocie pour la victime. La loi créant l'I.E.F.H. ne prévoit pas expressément une telle compétence de conciliation ou négociation¹⁸⁶. Mais en pratique, l'I.E.F.H. effectue des démarches similaires.

226. Comme UNIA l'explique dans son rapport d'évaluation des lois de 2007 relevant de sa compétence :

« En cas de discrimination manifeste, UNIA, dans le cadre de sa stratégie extrajudiciaire, cherche à obtenir un accord et des garanties sur les points suivants :

- reconnaissance de la discrimination ou de la faute ;
- réparation ou satisfaction pour la victime (excuses, nouvelle chance, indemnité, ...)
- engagement de non-discrimination à l'avenir ;
- mesures structurelles et/ou préventives (adaptation de la politique, formation, ...)
- communication du résultat (éventuellement sous forme anonyme) à des fins de sensibilisation »¹⁸⁷.

227. La Commission estime que le développement de solutions extrajudiciaires constitue un exemple de bonne pratique. La possibilité, pour la victime, d'obtenir satisfaction grâce à une solution extra-judiciaire, sous le contrôle d'un organisme de promotion de l'égalité, présente en effet plusieurs avantages : c'est un processus gratuit, souvent plus rapide que la procédure judiciaire, qui peut être moins polarisant que l'action en justice et offrir plus d'espace pour des solutions créatives¹⁸⁸. La Commission estime aussi que le développement, par UNIA, d'une véritable stratégie extrajudiciaire et l'identification de motifs qu'un règlement négocié doit

185 Art. 6 § 2, de l'Accord de coopération. Bien que cette disposition parle de missions de « conciliation et de médiation », UNIA préfère éviter le terme « médiation » parce qu'au sens strict, un médiateur doit avoir une position de neutralité envers toutes les parties concernées, ce qui n'est pas le cas d'UNIA dont la mission première est de conseiller les victimes. UNIA préfère donc parler soit de « conciliation », lorsque son rôle se limite à mettre les parties en présence à les inciter à trouver une solution amiable, soit de « négociation », lorsqu'il négocie pour la victime.

186 L'article 4(5) de la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes prévoit que l'Institut peut « aider, dans les limites de son objet, toute personne sollicitant une consultation sur l'étendue de ses droits et obligations. Cette aide permet à son/sa bénéficiaire d'obtenir des informations et des conseils sur les moyens de faire valoir ses droits ».

187 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 18.

188 *Idem*, annexe 2, p. 95. Voy. aussi le rapport d'Equinet, *Providing Independent Assistance to Victims of Discrimination*, 2011, p. 22.

respecter pour être jugé satisfaisant, contribuent à assurer un usage raisonné et cohérent de ce processus.

228. La Commission note toutefois que l'utilisation de la voie extrajudiciaire ne va pas sans présenter certains inconvénients. En effet, une solution négociée, aussi satisfaisante soit-elle pour les parties, ne contribue pas au développement de la jurisprudence, laquelle peut être importante pour préciser l'interprétation de la loi¹⁸⁹. Comme le reconnaît UNIA¹⁹⁰, les avantages de la stratégie extrajudiciaire doivent dès lors être évalués à l'aune de l'opportunité d'engager une procédure judiciaire dans des dossiers critiques.

229. La Commission relève ensuite qu'une solution négociée n'a pas la même visibilité qu'une décision de justice. Elle reste par essence peu connue au-delà des parties concernées. La Commission se réjouit à ce titre qu'UNIA ait entrepris d'assurer une certaine publicité aux solutions négociées sous son égide en les publiant sur son site Internet. La Commission encourage les autres organismes de promotion de l'égalité à adopter la même pratique.

230. La Commission observe enfin qu'il semble que le processus de négociation est parfois instrumentalisé par certaines parties accusées de discrimination pour tester la solidité du dossier de la personne qui se prétend victime, voire, comme manœuvre dilatoire, pour retarder l'introduction d'une action en justice¹⁹¹. Sachant que dans certains domaines, le délai de prescription pour introduire une action pour discrimination est relativement bref¹⁹², ce processus de négociation, peut, lorsqu'il n'est pas mené de bonne foi, entraver dans certains cas l'accès au juge.

231. Si la Commission approuve la priorité de principe donnée à la recherche d'un règlement extra-judiciaire dans les dossiers de discrimination, elle estime important que les organismes de promotion de l'égalité restent attentifs à ces inconvénients dans leur pratique en la matière.

232. La Commission note à cet égard que le cadre développé par UNIA n'envisage de solution négociée qu'à la condition d'obtenir une reconnaissance de la discrimination ou de la faute. Cette exigence peut être de nature à retarder l'issue du processus de négociation. La Commission souhaite que les organismes de promotion de l'égalité demeurent attentifs à la durée des processus de négociation, qui peut avoir un impact sur la durée totale de traitement d'un dossier de discrimination.

233. La Commission note que le processus de négociation qui peut être conduit par les organismes de promotion de l'égalité ne bénéficie pas de la confidentialité. La Commission souhaite réfléchir à l'opportunité d'assurer une telle confidentialité, soit par un accord entre parties, soit par d'autres moyens, afin de faciliter la conduite des discussions.

189 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., annexe 2, p. 93. Voy. aussi J. VRIELINK et V. VANDERSTEEN, *Access to Justice – A Sociological Study on Cases of Discrimination in the EU – FRA D/SE/10/05. National Assessment Reports. Fieldwork Research. Belgium*, op. cit., p. 5 : « The large number of cases that is tackled by means of mediation and negotiation, implies that extremely few cases are brought before the courts, so that these cases have relatively little (positive) impact on the public interest and in strengthening a wider culture of rights ».

190 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 95.

191 Voy. C. PERTRY, « Het evaluatierapport bekeken door een advocaat (leidraad bij tussenkomst op het Colloquium van 26 februari 2016) », 27 novembre 2015, p. 2. Voy. aussi UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 95.

192 Voy. *infra*, Section 4. Les délais de prescription des recours, §§ 247 et s.

234. La Commission observe par ailleurs que d'autres entités que les organismes de promotion de l'égalité sont compétentes pour réaliser une action de conciliation ou de médiation dans le cadre de litiges liés à une discrimination. Dans son rapport, UNIA évoque le rôle de l'inspection du travail, du service de contrôle interne de la police et du Comité P ainsi que de la Chambre exécutive de l'Institut professionnel des agents immobiliers. On peut également citer les divers services publics et sectoriels de médiation¹⁹³.

235. La Commission n'a pas eu l'occasion, dans cette première phase de ses travaux, d'examiner la pratique de ces organisations. Elle souhaite poursuivre l'examen de cette question afin de réfléchir aux moyens d'encourager le développement de processus extrajudiciaires sous l'égide d'autres acteurs, en matière de discrimination, tout en veillant à concilier le souci d'une solution rapide et efficace dans un cas individuels avec la nécessité de garantir un traitement structurel du problème des discriminations.

236. La Commission **recommande** que la loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes soit modifiée pour préciser expressément que l'Institut est habilité « à recevoir, dans les limites de sa mission définie à l'article 3, des plaintes, à les traiter et à accomplir toute mission de conciliation qu'il juge utile, ceci sans préjudice d'autres services de médiation ».

Section 3. Les personnes habilitées à agir en justice

237. En matière de discrimination, l'expérience de différents pays a montré que les victimes agissaient peu en justice, en raison d'une série de facteurs, tels que le manque de connaissance de leurs droits, la crainte d'être la cible de mesures de représailles ou le coût des procédures judiciaires¹⁹⁴. Pour remédier à la faible propension des victimes de discrimination à agir en justice, les directives européennes requièrent des États membres qu'ils habilite, outre la victime elle-même, les associations, organisations ou personnes morales qui ont un intérêt légitime à assurer le respect des normes de non-discrimination, à engager, pour le compte ou à l'appui d'une victime, avec son approbation, une procédure visant à faire respecter ces normes¹⁹⁵. Cette mesure vise à « assurer un niveau de protection plus efficace »¹⁹⁶.

238. Les lois de 2007 ont donc confié à d'autres acteurs que la victime le droit d'agir en justice en cas de discrimination¹⁹⁷. Cette qualité a été reconnue aux entités suivantes :

- les organismes de promotion de l'égalité : UNIA et l'I.E.F.H. dans leur domaine de compétence ;

193 Voy. les services cités sur le site www.ombudsman.be.

194 Sur les facteurs entravant l'accès à la justice en matière de discrimination, voy. notamment Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *L'accès à la justice en cas de discrimination dans l'UE. Vers une plus grande égalité*, Office des publications de l'Union européenne, 2014.

195 Art. 7, § 2, de la directive 2000/43/CE ; art. 9, § 2, de la directive 2000/78/CE ; art. 17, § 2, de la directive 2006/54/CE.

196 Attendu 19 du Préambule de la Directive 2000/43/CE.

197 Art. 19 et 20 de la loi anti-discrimination ; art. 17 et 18 de la loi anti-racisme ; art. 24 et 25 de la loi genre.

- les « groupements d'intérêt » selon la terminologie des lois de 2007, c'est-à-dire les associations jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois ans et dont les objectifs statutaires incluent la défense des droits de l'homme ou la lutte contre la discrimination, les syndicats (en ce compris les organisations représentatives actives dans la fonction publique), les organisations représentatives des travailleurs indépendants et les organisations représentatives des employeurs¹⁹⁸ ;
- le ministère public.

239. Dans le cas des organismes de promotion de l'égalité et des groupements d'intérêt, la loi précise que lorsque la victime est une personne identifiée, leur action n'est recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime¹⁹⁹. Cette disposition a fait naître un doute sur la question de savoir si l'une de ces entités peut agir lorsqu'il n'y a pas de victime identifiée. Ce doute a été levé par la Cour de justice dans son important arrêt *Feryn* prononcé à la suite d'une question préjudicielle posée par la Cour du travail de Bruxelles. La Cour de justice a indiqué que l'existence d'une discrimination « ne suppose pas que soit identifiable un plaignant soutenant qu'il aurait été victime d'une telle discrimination »²⁰⁰. Par conséquent, la directive 2000/43/CE, en jeu dans cette affaire, ne s'oppose nullement à ce que les États membres autorisent des organismes de promotion de l'égalité ou des associations à engager des procédures judiciaires ou administratives visant à faire respecter le droit antidiscriminatoire « sans agir au nom d'un plaignant déterminé ou en l'absence de plaignant identifiable »²⁰¹. Dans un cas où aucune victime n'a été identifiée, l'organisme ou l'association est donc recevable à agir au regard du droit belge bien qu'il ne puisse faire état de l'accord d'une victime puisque celle-ci, par définition, n'a pas été identifiée.

A. Les actions introduites par UNIA et l'I.E.F.H.

240. La Commission constate que les organismes de promotion de l'égalité, UNIA et l'I.E.F.H., font un usage modéré de leur droit d'agir en justice. Ces deux organismes n'agissent en justice que dans quelques affaires par an²⁰².

241. Ce nombre limité résulte d'une politique délibérée visant à sélectionner parmi les dossiers portés à leur connaissance les affaires les plus graves ou les plus emblématiques. La Commission estime que cette politique est cohérente et repose sur des motifs de sélection appropriés.

242. La Commission observe que quelques décisions de justice ont mis en doute la qualité d'UNIA à agir dans des litiges relatifs à la législation antidiscriminatoire²⁰³. La Commission

198 Art. 30 de la loi anti-discrimination ; art. 32 de la loi anti-racisme ; art. 35 de la loi genre.

199 Art. 31 de la loi anti-discrimination ; art. 33 de la loi anti-racisme ; art. 36 de la loi genre.

200 CJUE, aff. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijging c. Firma Feryn NV*, arrêt du 10 juillet 2008, § 25.

201 *Idem*, § 27. Voy. aussi C. trav. Bruxelles, 28 août 2009, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding t. NV Firma F.*, n° 09/1729.

202 Dans son rapport d'évaluation des lois de 2007, UNIA indique qu'il n'intente une action en justice que dans environ 1% des dossiers traités (Rapport d'évaluation, p. 19).

203 Par exemple Trib. trav. Bruxelles, 28 novembre 2014, A.R. n° 11/16230/A (à propos de l'intervention volontaire d'UNIA), et les commentaires de V. PERTRY, S. GHISLAIN et S. VANTOMME, « Le racisme dans les relations de

déplore cette jurisprudence qui va à l'encontre des termes des lois de 2007. Elle souligne que si le législateur a estimé nécessaire d'accorder un droit d'ester en justice aux organismes de promotion de l'égalité, c'est que l'action de ces entités est importante pour assurer une protection effective du droit à la non-discrimination, compte tenu des difficultés rencontrées par les victimes elles-mêmes pour introduire des actions en justice et du caractère inadéquat d'une action individuelle pour dénoncer des cas de discrimination structurelle. La Commission note que dans d'autres domaines également, comme celui de la protection de l'environnement²⁰⁴ et de la protection des consommateurs²⁰⁵, un droit d'action en justice a été accordé à des acteurs collectifs autres que la victime elle-même.

B. Le nombre limité de procédures judiciaires engagées par des acteurs collectifs ou institutionnels

243. La Commission constate que le nombre d'actions en justice au civil engagées par des groupements d'intérêt ou par le ministère public sur la base des lois de 2007, est encore plus faible que celui des actions initiées par les organismes de promotion de l'égalité. Elle dispose de peu d'informations sur les raisons qui peuvent expliquer ce constat.

244. Pour ce qui concerne les groupements d'intérêt, selon UNIA, le faible nombre d'actions en justice intentées serait la conséquence des moyens limités de ces organisations, mais aussi du peu de perspectives de succès²⁰⁶. On peut émettre l'hypothèse que, pour certaines organisations, cette faible propension à engager des actions en justice pour discrimination pourrait également s'expliquer par une préférence pour des modes non judiciaires de règlement des différends ou par un manque d'expérience de la législation antidiscriminatoire.

245. Dans le cas du ministère public, il semblerait qu'il n'ait utilisé qu'une seule fois son pouvoir d'engager une action civile en cessation pour discrimination²⁰⁷. La Commission n'a pas été en mesure d'examiner les motifs qui peuvent expliquer ce constat.

246. La Commission souhaite qu'une étude plus approfondie soit menée pour comprendre les motifs qui expliquent le peu d'actions en justice pour discrimination engagées par le ministère public, d'une part, par les groupements d'intérêt, d'autre part. Elle estime également important d'évaluer l'impact de cette faible utilisation, par ces deux acteurs, de leur droit d'ester en justice au civil sur la base des lois de 2007, sur l'effectivité de la protection contre la discrimination.

travail : défis dans la mise en pratique du dispositif fédéral anti-discrimination », *Chr. D.S. – Soc. Kron.*, 2015, pp. 320-321.

204 Voy. l'article 2 de la loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement (*M.B.*, 19 février 1993).

205 Voy. l'article XVII-39 du Code de droit économique pour l'action en réparation collective.

206 UNIA, *Rapport d'évaluation*, *op. cit.*, p. 55.

207 Civ. Bruxelles (prés.), 22 décembre 2009, *Procureur du Roi c. M.*, R.G. n° 2009/12.031/1 (action en cessation introduite contre le tenancier d'un café qui refusait de servir une femme au motif qu'elle portait le foulard). Dans le cas de l'auditorat du travail, le rapport d'évaluation réalisé par UNIA observe que, d'après ses informations, l'auditorat n'a jamais utilisé la possibilité dont il dispose depuis 2007 d'intenter une action en cessation devant le président du tribunal du travail (*Rapport d'évaluation*, p. 29).

Section 4. Les délais de prescription des recours

247. Les directives européennes délaissent aux États membres le soin de déterminer dans quel délai les actions en justice relatives à une discrimination doivent être engagées²⁰⁸. Ceci est conforme au principe de l'autonomie procédurale dont jouissent les États membres dans la mise en œuvre du droit européen.

248. La Cour de justice a par ailleurs indiqué qu'un État membre peut prévoir une voie de recours spécifique relative à un droit reconnu par le droit de l'Union, mais que les modalités procédurales propres à un tel recours ne peuvent pas être moins favorables que celles afférentes à des recours similaires de nature interne et ne peuvent pas être aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l'exercice de droits reconnus par le législateur européen²⁰⁹.

249. Pas plus qu'en 2003, le législateur n'a adopté en 2007 de dispositions particulières visant les questions de prescription d'action dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Il en résulte qu'il faut faire application des règles de droit commun. Il est entendu que ces règles doivent composer avec les exigences constitutionnelles d'égalité, qui pèsent sur le droit de la prescription et interdisent par exemple l'adoption de délais différents sans justification suffisante.

250. La Commission constate que l'application du droit commun de la prescription conduit à retenir, dans des affaires touchant toutes à une discrimination alléguée, des délais de prescription différents selon la nature du litige. Ainsi, une action civile visant à obtenir le paiement d'une indemnisation forfaitaire en raison d'un comportement discriminatoire en dehors des relations de travail, se prescrit a priori dans un délai de cinq ans, conformément à l'article 2262*bis*, § 1^{er}, du Code civil. L'action en indemnisation du préjudice doit en effet être considérée comme se fondant sur une responsabilité extra-contractuelle²¹⁰. Par contre, lorsque l'action en justice se greffe sur une relation de travail, l'article 15 de la loi organique sur les contrats de travail du 3 juillet 1978 précise que les actions qui naissent du contrat « sont prescrites un an après la cessation de celui-ci ou cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce dernier délai puisse excéder un an après la cessation du contrat ».

251. Le régime de la prescription des actions relatives à une discrimination doit également tenir compte de l'existence d'incriminations pénales. La loi genre par exemple punit pénalement la discrimination à l'égard d'une personne en raison de son sexe dans le domaine de l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public²¹¹. Or il existe un délai particulier de prescription pour l'infraction pénale. Il est de cinq ans pour un délit²¹². En vertu de l'article 26 du Titre Préliminaire du Code d'instruction criminelle, ce délai particulier de prescription l'emporte sur le délai civil. Dès lors que le délai de prescription prévu pour l'action civile est inférieur à celui applicable à l'action pénale, ce

208 Art. 8, § 4, de la directive 2004/113/CE ; art. 9, § 3, de la directive 2000/78/CE ; art. 7, § 3, de la directive 2000/43/CE.

209 CJUE, aff. C- 63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, arrêt du 29 octobre 2009.

210 Voy. Cour const., 12 février 2009, n° 17/2009, considérant B.14.7.

211 Art. 28/1 de la loi genre, telle qu'amendée par la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public.

212 Art. 21 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle.

dernier l'emporte. Ceci a pour effet d'allonger le délai de prescription de l'action civile. Cet effet d'allongement peut être encore plus visible lorsque le comportement litigieux constitue une infraction continue (*voortgezet misdrijf*). Dans ce cas, le délai de prescription de l'action pénale ne prend en effet cours qu'à partir de la commission du dernier fait.

252. La Commission s'interroge sur les conséquences de la diversité des délais applicables pour la prescription des actions en matière de discrimination. Ces délais peuvent varier à l'intérieur d'un même domaine. Ainsi, lorsqu'un comportement est jugé discriminatoire dans les relations de travail, le délai spécial d'un an à compter de la cessation de la relation de travail, prévu par l'article 15 de la loi organique de 1978, s'applique si les parties sont liées par un contrat de travail. Il faudra par contre faire application du délai prévu par l'article 2262*bis*, § 1^{er}, du Code civil, soit un délai de cinq ans, lorsque le comportement dénoncé concerne un refus d'embauche, puisque dans ce cas, aucun contrat de travail n'a été conclu.

253. La combinaison des règles applicables aux actions civiles et pénales peut également conduire à l'apparition de délais de prescription différents. Ainsi une discrimination dans les relations de travail peut constituer une infraction pénale lorsque la personne est discriminée en raison de son sexe²¹³. Une telle incrimination n'existe pas lorsque la discrimination dans les relations de travail est fondée sur un des motifs de distinction visés par la loi anti-discrimination, par exemple le handicap ou l'orientation sexuelle. Dans le premier cas, il faudra dès lors tenir compte de l'article 26 du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, selon lequel l'action civile résultant d'une infraction ne peut se prescrire avant l'action publique²¹⁴. Dans le second cas par contre, le délai de prescription sera celui de la loi organique sur les contrats de travail, à savoir un an maximum après la fin des relations de travail.

254. La Commission note que l'existence d'une pluralité de délais de prescription s'explique par le fait que le législateur de 2007 n'a pas souhaité adopter de délai spécial de prescription en matière de discrimination. Le délai de prescription est dès lors emprunté aux différents domaines dans lesquels s'inscrit la prescription. Cette option du législateur a comme mérite de respecter la diversité des domaines dans lesquels une discrimination peut s'inscrire. Elle permet également de préserver les habitudes des praticiens qui sont généralement habitués au délai de prescription en vigueur dans le domaine du droit dans lequel ils exercent.

255. La Commission est certes bien consciente que la Cour constitutionnelle a déjà à plusieurs reprises estimé qu'il n'y a pas de traitement discriminatoire lorsque, dans les relations de travail, certains comportements sont sanctionnés pénalement alors que d'autres ne le sont pas et ce même si cette différence de traitement conduit à l'application de délais de prescription différents. Selon la Cour en effet, « [q]uand le législateur estime devoir aggraver la sanction de certains manquements en les érigeant en infractions, il est conforme à cet objectif de soumettre l'action en réparation du préjudice causé par ces manquements à la prescription des actions civiles fondées sur une faute pénale »²¹⁵.

213 Art. 28/2 de la loi genre, telle que modifiée par la loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public.

214 Selon la Cour de cassation, l'article 26 est applicable à toute demande civile fondée sur des faits qui font apparaître une infraction pénale même lorsque ces faits constituent dans le même temps un manquement contractuel et que la demande ne vise qu'à la seule réparation de ce manquement contractuel (Cass., 20 janv. 2009, et Cass. 22 janvier 2007).

215 Cour const., 19 décembre 2002, arrêt n° 190/2002, § B.5.

256. Il reste qu'il est regrettable qu'à l'intérieur d'un même champ comme celui des relations de travail, des délais de prescription différents cohabitent, selon que la discrimination concerne une relation de travail qui a pris fin ou un projet d'embauche et selon que les faits dénoncés font ou non l'objet d'une incrimination pénale. Cette situation n'est pas de nature à favoriser la lisibilité et dès lors la bonne application des lois de 2007. Par ailleurs, il entre en tension avec le principe d'égalité des victimes.

257. L'application du délai prévu par l'article 15 de la loi organique de 1978 a en outre révélé une autre difficulté. Plusieurs experts et praticiens estiment que le délai d'un an à compter de la cessation du contrat de travail s'avère souvent trop bref pour permettre à la victime d'engager à temps une procédure pour discrimination. La Commission a relevé en particulier les difficultés que peut poser ce délai en cas de rupture d'une relation de travail à l'égard d'une travailleuse juste après un accouchement. De manière générale, la difficulté posée par ce délai d'un an est à mettre en rapport avec le fait qu'une personne qui a pu être victime d'une discrimination, n'a pas toujours immédiatement conscience du caractère discriminatoire de son licenciement²¹⁶. En outre, certains acteurs de terrain ne disposent pas encore de réflexes affinés permettant de détecter rapidement une question de discrimination. S'ajoute à cela le fait qu'une fois l'existence potentielle d'une discrimination identifiée, un certain temps est nécessaire pour vérifier si cette hypothèse est fondée, réunir des preuves et préparer le dossier. UNIA et l'I.E.F.H. observent tous deux qu'un tel délai est extrêmement court pour leur permettre d'analyser une plainte, de faire les vérifications nécessaires et de tenter une solution extrajudiciaire²¹⁷.

258. La Commission note qu'il est possible d'interrompre la prescription par le biais d'une mise en demeure extrajudiciaire. L'article 2244, § 2, du Code civil (tel que modifié en 2013) a permis de conférer un effet interruptif de prescription à la mise en demeure envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception. La mise en demeure extrajudiciaire peut être envoyée par un avocat, un huissier de justice ou un représentant d'un employé²¹⁸. En outre, la jurisprudence admet que la prescription ne court pas à l'égard d'une personne qui, en raison d'un cas de force majeure, a été mise dans l'impossibilité d'accomplir un acte pendant tout ou partie d'un délai²¹⁹.

259. La Commission estime qu'il est nécessaire de poursuivre l'analyse de cette question, notamment pour mieux documenter la difficulté apparemment liée à une trop grande brièveté du délai d'un an en matière de discrimination dans les relations de travail, lorsqu'il y a eu cessation du contrat. Cette analyse complémentaire permettrait également de mieux cartographier les délais de prescription applicables en matière de discrimination. La Commission pourra au terme de cette analyse prendre position sur les propositions faites par certains acteurs d'allonger le délai de prescription en cas de cessation des relations de travail

216 Sur la difficulté des victimes à identifier le caractère discriminatoire d'une expérience vécue, voy. notamment l'étude sociologique suivante : M. LESNÉ et P. SIMON, « La qualification de la discrimination et sa mesure : l'enregistrement de l'expérience discriminatoire par enquête », in *Politiques antidiscriminatoires*, op. cit., pp. 27-47.

217 I.E.F.H., *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre*, op. cit., pp. 74-75 ; UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 77.

218 Dans le domaine des relations de travail, cette mise en demeure peut être envoyée non seulement par l'avocat ou l'huissier, mais aussi par « la personne pouvant ester en justice au nom du créancier en vertu de l'article 728 § 3 Code judiciaire » – donc par les représentants des travailleurs et des employeurs.

219 Cass. 13 janvier 2012, C.11.0091.

et d'adopter un délai uniforme de prescription en matière d'action civile née d'une discrimination²²⁰. Un délai de cinq ans aurait l'avantage à cet égard de coïncider avec le délai applicable tant dans de nombreuses affaires de discrimination que dans d'autres matières particulières liées aux relations de travail²²¹.

260. Cette modification conduirait cependant à allonger le délai de prescription des actions en matière de relations de travail en cas de cessation du contrat pour les seules actions fondées sur une discrimination. Ceci pourrait induire une différence de traitement au sein du contentieux des relations de travail et éventuellement générer des démarches opportunistes. En outre, l'uniformité réalisée par le biais d'un délai de prescription unique pour toutes les demandes civiles fondées sur une discrimination, ne serait qu'apparente ou partielle. En effet, cette uniformité n'existerait que si l'on examine les dossiers sous l'angle de la discrimination. A l'intérieur des différents domaines couverts, l'adoption d'un délai particulier constituerait une exception au droit commun applicable à ce domaine (ceci serait le plus visible en matière de relations de travail).

261. La Commission souhaite également, dans le cadre de cette réflexion, envisager des solutions liées soit à l'interruption du délai de prescription, soit au point de départ de la prescription. Elle note à ce propos que le législateur français a précisé que le point de départ du délai est le jour de la *révélation* de la discrimination. Ceci permet d'éviter qu'un comportement ayant donné lieu à la rupture d'un contrat de travail, ne puisse faire l'objet d'une procédure fondée sur la discrimination parce que l'intéressé n'avait pas conscience au moment des faits qu'il y avait discrimination.

262. La Commission entend poursuivre son analyse pour étudier en détail l'existence d'éventuelles difficultés liées au délai de prescription tel que prévu actuellement, en particulier dans les relations de travail. Cette étude permettra à la Commission de prendre position sur les différentes options possibles en tenant compte de leurs avantages et de leurs désavantages.

Section 5. Le coût de l'accès à la justice

263. Comme dans d'autres domaines, le coût de la justice constitue l'un des facteurs majeurs qui dissuadent les victimes de discrimination d'engager une procédure judiciaire. Plusieurs acteurs spécialisés en témoignent : la justice apparaît financièrement hors de portée pour beaucoup de victimes de discrimination²²².

264. La Commission exprime sa préoccupation à l'égard d'évolutions récentes qui pourraient avoir comme effet de rendre plus difficile l'accès à la justice pour des raisons financières. La Commission note ainsi qu'un système de répétibilité des frais d'avocat a été mis en place, sous la forme d'une indemnité de procédure²²³. En outre, les honoraires des avocats sont

220 Voy. UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 77.

221 Par exemple art 55 de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.

222 Voy. UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 54, et J. VRIELINK et V. VANDERSTEEN, *Access to Justice – A Sociological Study on Cases of Discrimination in the EU – FRA D/SE/10/05. National Assessment Reports. Fieldwork Research. Belgium*, op. cit., p. 5.

223 Loi du 21 avril 2007 relative à la répétibilité des honoraires et des frais d'avocat (*M.B.*, 31 mai 2007).

désormais soumis à la TVA²²⁴. Enfin, les droits de mise au rôle ont été augmentés de manière substantielle²²⁵.

265. Certes, des dispositions particulières ont été adoptées pour tenir compte des difficultés dans lesquelles se trouvent certains justiciables. Ainsi, lorsque la partie perdante est une personne qui bénéficie de l'aide juridique, l'indemnité de procédure équivaut automatiquement au minimum, sauf dans les situations manifestement déraisonnables²²⁶. En outre, les plus démunis peuvent bénéficier de la gratuité partielle ou complète de l'aide juridique de deuxième ligne. Toutefois, la Commission note que les seuils de moyens d'existence retenus depuis la récente réforme de l'aide juridique de deuxième ligne sont particulièrement peu élevés²²⁷. En outre, les prestations de services pro deo effectuées par les avocats dans le cadre de l'aide juridique de deuxième ligne ne pourront plus, à compter du 1^{er} avril 2017, bénéficier d'une exonération de la TVA, mais seront soumises au taux normal de la TVA de 21%²²⁸. Au total, les effets conjugués de l'ensemble de ces réformes pourraient dès lors rendre l'accès à la justice plus difficile – puisque le coût direct et le risque financier auquel s'expose la personne qui s'engage dans une procédure judiciaire augmente sensiblement – voire dissuader certaines personnes d'engager une procédure judiciaire.

266. Une étude a montré que dès lors qu'un dossier n'est pas pris en charge par un organisme de promotion de l'égalité, les personnes physiques qui se prétendent victimes ont tendance à ne pas elles-mêmes engager de procédure judiciaire notamment en raison des obstacles liés au coût de la procédure²²⁹. L'étude pointe notamment le risque encouru par les justiciables d'être condamné au paiement des frais de justice lorsque la demande est rejetée²³⁰. La Commission tient à mettre ce constat en rapport avec le fait que les organismes de promotion de l'égalité actifs en Belgique ont adopté une politique visant à sélectionner les dossiers susceptibles de faire l'objet d'une procédure en justice. Seul un petit nombre de dossiers font dès lors l'objet d'une procédure judiciaire à l'initiative de ces organismes.

267. La Commission note que des discussions sont en cours visant à étendre le système de l'assurance protection juridique. Les produits d'assurance qui pourraient être proposés dans ce cadre pourraient inclure les procédures liées à la discrimination. La Commission décide de demeurer attentive à l'évolution de ces discussions.

268. La Commission note qu'un système alternatif existe pour certains litiges déferés aux tribunaux du travail. L'article 4 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007 fixe des montants de base

224 Art. 60 de la loi du 30 juillet 2013 portant des dispositions diverses, qui modifie l'art. 44, § 1^{er}, du Code de la taxe sur la valeur ajoutée (*M.B.*, 1^{er} août 2013).

225 Loi du 28 avril 2015 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de réformer les droits de greffe (*M.B.*, 26 mai 2015).

226 Art. 1022, al. 4, du Code judiciaire. La Cour constitutionnelle a par ailleurs estimé que pour cette catégorie de personnes, le juge devrait être autorisé à fixer un montant inférieur à ce minimum (arrêt n° 182/2008, 18 décembre 2008).

227 Loi du 6 juillet 2016 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'aide juridique (*M.B.*, 14 juillet 2016) et arrêté royal du 21 juillet 2016 modifiant l'arrêté royal du 20 décembre 1999 contenant les modalités d'exécution relatives à l'indemnisation accordée à l'avocat dans le cadre de l'aide juridique de deuxième ligne et relatif aux subsides pour les frais liés à l'organisation des bureaux d'aide juridique (*M.B.*, 10 août 2016).

228 Décision TVA n° E.T.131.005 du 23 décembre 2016.

229 J. VRIELINK et V. VANDERSTEEN, *Access to Justice – A Sociological Study on Cases of Discrimination in the EU – FRA D/SE/10/05. National Assessment Reports. Fieldwork Research. Belgium, op. cit.*, p. 5.

230 *Idem*, p. 8. Dans le même sens, voy. UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 10.

substantiellement moins élevés que ceux prévus par les procédures de droit commun. La Commission estime qu'il serait opportun d'étendre ce système alternatif aux litiges relatifs aux lois de 2007, afin d'éviter que l'existence d'indemnités de procédure ne constitue un obstacle dissuadant une personne qui se prétend victime de discrimination d'engager une procédure en justice. Ce système n'empêche pas une partie de solliciter une majoration de l'indemnité forfaitaire conformément à l'article 1022 du Code judiciaire.

269. La Commission **recommande** d'étendre le système prévu à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007, en matière d'indemnités de procédure, qui fixe des montants de base substantiellement moins élevés que ceux prévus pour les procédures de droit commun, à tous les litiges relatifs aux lois de 2007.

Section 6. La durée de la procédure

270. La célérité de l'action en justice est une condition importante d'une protection effective contre les discriminations. Une procédure judiciaire trop longue réduit substantiellement l'impact de la décision et d'une sanction éventuelle d'une discrimination. Au-delà, l'incertitude quant à la longueur de la procédure peut dissuader les plaignants potentiels de porter plainte et /ou d'engager une procédure²³¹.

271. La création d'une action en cessation en matière de discrimination, introduite par la loi de 2003 et réformée dans les lois de 2007, avait précisément pour but d'offrir à la victime la possibilité d'obtenir dans des délais rapides, par le biais d'une procédure accélérée (« comme en référé »), une décision de justice ordonnant qu'il soit mis fin à une discrimination et lui accordant, le cas échéant, un dédommagement. L'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de loi initiale déposée en 1999 indiquait à ce sujet que l'« une des manières les plus efficaces de lutter contre les discriminations, réside dans la possibilité pour le juge de mettre fin très rapidement au comportement discriminatoire »²³². La procédure de cessation, qui peut être accompagnée d'une astreinte, prévue par les lois de 2007 constitue en théorie un mécanisme permettant de mettre fin rapidement à des pratiques discriminatoires.

272. La Commission ne dispose que de données parcellaires sur la durée moyenne des procédures civiles engagées sur base des lois de 2007. Néanmoins, les données disponibles indiquent que le délai moyen dépasse largement ce qui peut être attendu d'une procédure rapide. Selon l'étude sur la durée des procédures réalisée par UNIA, le délai moyen de la procédure « peut facilement atteindre aujourd'hui entre 1,5 et 2,5 ans, voire plus, en première instance »²³³. En 2013 déjà, UNIA constatait que « l'ambition du législateur d'accélérer la procédure judiciaire via la procédure civile (et l'action en cessation) n'a pas été réalisée »²³⁴.

273. Sans doute cette durée moyenne peut-elle être expliquée par une conjonction de facteurs, dont certains sont étrangers au droit de la lutte contre les discriminations. On pense

231 Voy., sur ce point, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *L'accès à la justice en cas de discrimination dans l'UE. Vers une plus grande égalité*, 2013, p. 46.

232 Proposition de loi du 14 juillet 1999 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, *Doc. Parl.*, Sénat, SE 1999, 2-12/1, p. 6.

233 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 34.

234 UNIA, *Rapport annuel discrimination 2013*, p. 145.

notamment à l'existence d'un important arriéré judiciaire dans certains arrondissements ou à la complexité de certaines affaires. Il demeure qu'aux yeux de la Commission, l'objectif de célérité voulu par le législateur lorsqu'il a institué l'action en cessation n'est pas rencontré.

274. A ce constat général s'ajoute, dans le domaine des relations de travail, le constat particulier selon lequel la procédure en cessation ne permet que très rarement à une personne victime d'une discrimination de continuer à participer à une procédure de recrutement (lorsque le comportement discriminatoire se situe dans la phase de recrutement) ou de ne pas être licenciée, lorsque la discrimination concerne ce dernier acte. L'action en cessation conduira au mieux, dès lors que la discrimination est constatée, au constat de l'existence d'une discrimination et à l'octroi de dommages et intérêts. Cette situation est la conséquence directe des délais de traitement relativement longs des procédures judiciaires. Lorsque l'affaire est en état d'être jugée, la procédure de recrutement litigieuse a le plus souvent été clôturée ou la fin de la relation de travail est devenue une réalité incontournable.

275. Ceci a comme conséquence que l'objet de l'action en cessation est modifié : il ne s'agit plus tant d'obtenir la cessation d'un comportement que d'éviter qu'un comportement discriminatoire ne se répète. Ceci a déjà pu être observé dans la jurisprudence²³⁵. Cette évolution fait peser un risque sur l'action en cessation : si le tribunal constate en effet qu'il n'existe pas de risque de répétition du comportement discriminatoire, il pourrait être tenté de ne pas ordonner la cessation, et ce alors même que le comportement litigieux a été jugé discriminatoire²³⁶. Ceci pourrait conduire à déclarer la demande d'indemnisation irrecevable²³⁷. La Commission estime qu'une telle interprétation ne serait pas conforme aux dispositifs législatifs et en particulier au fait que le constat de l'existence d'une discrimination est nécessairement lié à l'adoption d'une ordonnance de cessation de l'acte²³⁸. Néanmoins, l'écoulement d'un trop long délai entre le comportement discriminatoire et l'adoption d'une sanction judiciaire fait peser sur cette dernière une certaine pression.

276. La Commission se propose d'étudier plus en détail la durée des procédures judiciaires dans tous ses aspects, quantitatifs et qualitatifs. A cette fin, la Commission souhaite

235 Par exemple Trib. trav. Gent, 26 mars 2007, A.R. n° 176.893, *C. Murat, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding c. D. Yves et B.V.B.A. E.* (après avoir noté que la victime, qui n'avait pas été engagée par le défendeur, avait entre temps trouvé du travail, le tribunal a observé que l'action en cessation était encore justifiée dans la mesure où il existait un « herhalingsgevaar », l'employeur n'ayant pas modifié de manière substantielle sa politique de recrutement).

236 Voy. C. PERTRY, « Het evaluatierapport bekeken door een advocaat », *op. cit.*, p. 3. Voy. par exemple Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding et B.D. c. V. H. K. et B.V.B.A. L.*, R.G. n° 12/25521/A et 12/2596/A (le tribunal constate que l'action en cessation est introduite près de deux ans après les faits présumés discriminatoires. Le tribunal estime que « [w]anneer een daad, die een inbreuk vormt op de bepalingen van de antidiscriminatiewet, volledig voltrokken is, behoudt de vordering tot staken haar belang, zolang het niet uitgesloten is dat het discriminerend gedrag in de toekomst herhaald wordt. Het is dus ook de kans op herhaling die onderzocht moet worden. Wanneer herhaling van het verweten discriminerend gedrag realistisch gezien uitgesloten is, is de stakingsvordering onontvankelijk wegens een gebrek aan belang ». En l'espèce, le tribunal constate qu'un risque de récidive est exclu dans la mesure où la personne visée a vendu les parts sociales qu'elle détenait et n'exerce plus la fonction de chef d'entreprise. Le tribunal estime sur cette base que l'action en cessation est irrecevable.

237 Comme l'a fait par exemple la Cour du travail de Bruxelles (C. trav. Bruxelles, 6 mars 2014, *H. Amal c. Ministère de la Région Bruxelles-Capitale*, R.G. n° 2012/CB/15 (la Cour déclare l'action en cessation irrecevable, les événements litigieux se situant dans le passé et aucun risque de récidive n'existant aux yeux de la Cour. Elle en déduit que la demande en indemnisation forfaitaire est également irrecevable).

238 Art. 20 de la loi anti-discrimination ; art. 18 de la loi anti-racisme ; art. 25 de la loi genre.

rassembler, dans la mesure du possible, des données plus fines sur la durée moyenne des procédures pour tenter de mieux comprendre tous les facteurs qui pourraient expliquer la longueur des procédures. Sur base de ces données, la Commission entend réfléchir à un affinement éventuel du cadre légal.

Section 7. La protection contre les représailles

277. Les directives européennes imposent aux États membres de mettre en place des mesures visant à protéger les personnes contre tout traitement ou conséquence défavorable qui pourrait surgir en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement²³⁹. Les trois lois de 2007 ont effectivement mis en place un système de protection à cette fin²⁴⁰.

278. Le dispositif de protection protège la personne qui a introduit, ou au bénéfice de laquelle a été introduite, une plainte pour discrimination ainsi que les personnes qui interviennent comme témoins dans les conditions définies par la législation. Si une mesure préjudiciable est adoptée à l'encontre de l'une de ces personnes, dans les douze mois qui suivent l'introduction de la plainte, par celui ou celle qui est visé(e) par cette plainte, c'est à ce dernier ou cette dernière de prouver que cette mesure préjudiciable se fonde sur des motifs étrangers à cette plainte. Lorsqu'une action en justice a été introduite, le délai de douze mois est prolongé jusqu'à trois mois suivant le jour où la décision est passée en force chose jugée. S'il s'avère qu'une mesure préjudiciable interdite a été adoptée, la victime aura droit, dans les domaines autres que les relations de travail et les régimes complémentaires de sécurité sociale, à des dommages et intérêts. Dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale, la réparation consistera, selon les cas identifiés dans la législation, soit en la réintégration du travailleur ou la possibilité pour lui d'exercer sa fonction sous les mêmes conditions que précédemment, soit en des dommages et intérêts.

279. Les lois de 2007 définissent plusieurs conditions qui doivent être remplies pour que ce dispositif soit d'application. De l'avis de plusieurs experts et praticiens, certaines de ces conditions restreignent de manière contestable la protection mise en place²⁴¹.

280. Comme le prévoient les directives européennes, pour que le dispositif entre en jeu, il ne faut pas forcément qu'il y ait action en justice. Le dispositif est aussi activé en cas de plainte introduite, soit par la personne concernée auprès de l'organisation ou de l'institution contre laquelle la plainte est dirigée, soit par un groupement d'intérêts ou un organisme de promotion de l'égalité, soit, en matière de relations de travail, par la Direction générale Contrôle des lois sociales. Cependant, une plainte ne peut donner lieu à protection que lorsqu'elle est « datée, signée et notifiée par lettre recommandée à la poste »²⁴². Il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de ce formalisme eu égard au contexte dans lequel s'inscrivent certains comportements qui pourraient constituer une discrimination²⁴³.

239 Art. 9 de la directive 2000/43/CE ; art. 24 de la directive 2000/54/CE ; art. 11 de la directive 2000/78/CE.

240 Art. 16-17 de la loi anti-discrimination ; art. 14-15 de la loi anti-racisme ; art. 21-22 de la loi genre.

241 Voy. en particulier UNIA, *Rapport d'évaluation*, *op. cit.*, pp. 72-74.

242 Art. 16, § 2 *in fine*, de la loi anti-discrimination ; art. 14, § 2 *in fine*, de la loi anti-racisme ; art. 21, § 2, de la loi genre.

243 Dans une espèce décidée par la Cour du travail de Gand, il a été décidé que la plainte d'une organisation syndicale ne pouvait être prise en considération en vertu de l'article 15 § 3 de la loi anti-racisme, dans la

281. Pour les personnes qui interviennent comme témoins, la protection n'est acquise qu'à la condition que ces personnes fassent connaître à la personne auprès de qui la plainte est introduite, dans le cadre de l'instruction de cette plainte, les faits qu'elles ont elles-mêmes vus ou entendus et qui sont en relation avec la situation qui fait l'objet de la plainte²⁴⁴. De plus, elles doivent le faire dans un document daté et signé. Les personnes qui interviennent comme témoins en justice bénéficient également de la protection.

282. La Commission est d'avis que cette limitation de la notion de « témoin » pourrait, dans certaines circonstances, s'avérer trop restrictive. L'expérience a en effet montré que lorsque des comportements potentiellement discriminatoires sont dénoncés, la victime bénéficie souvent de l'appui d'autres personnes sous différentes formes, notamment, lorsque le comportement s'inscrit dans les relations de travail, de la part de collègues. Si cet appui prend toute autre forme qu'une intervention en tant que témoin dans une action en justice ou que la révélation, dans le cadre de l'instruction de la plainte, dans un document daté et signé, transmis à la personne auprès de qui la plainte est introduite, de faits qu'elle a elle-même vus ou entendus, ces personnes ne bénéficient pas d'un mécanisme de protection contre d'éventuelles mesures de représailles qui seraient prises à leur encontre.

283. La Commission est bien consciente que l'élargissement du dispositif de protection contre les représailles peut entraîner des difficultés, notamment pour la gestion des ressources humaines par les employeurs. En outre, un élargissement pourrait conduire à des comportements opportunistes de la part de personnes souhaitant bénéficier d'une protection. La Commission observe aussi qu'il faut tenir compte de l'impact du dispositif actuel de protection, et notamment les effets du mécanisme de renversement de la charge de la preuve, sur la personne accusée de discrimination. La Commission estime dès lors qu'une extension de la protection ne devrait pas forcément se traduire par l'octroi, à des bénéficiaires supplémentaires, d'une protection au contenu identique à celui prévu actuellement.

284. Il est néanmoins essentiel, afin de garantir l'effectivité de l'accès à la justice, de protéger adéquatement, non seulement la personne qui porte plainte, mais également les personnes qui la soutiendraient dans sa plainte contre d'éventuelles mesures de représailles qui seraient prises à leur encontre. La Commission souligne que la Commission européenne a estimé que la Belgique n'avait pas correctement transposé la directive 2000/78/CE sur ce plan. La Commission européenne a rappelé que l'article 11 de cette directive ne limitait pas la protection au plaignant et aux témoins officiels mais protégeait les travailleurs, sans aucune restriction, contre tout licenciement ou tout autre traitement défavorable par l'employeur en réaction à une plainte au niveau de l'entreprise ou à une action en justice pour discrimination²⁴⁵. Dans le même sens, le préambule de la directive 2006/54/EC indique qu'« [u]n travailleur défendant une personne protégée par la présente directive ou témoignant en sa faveur devrait avoir droit à la même protection »²⁴⁶. Quant aux directives 2000/43/CE et

mesure où les déclarations de la personne bénéficiant de la protection n'avaient pas été faites dans le cadre de cette plainte (C. trav. Gent, 28 décembre 2010, R.G. n° 2009/AR/260, § 5.3).

244 Art. 16, § 5, de la loi anti-discrimination ; art. 14, § 5, de la loi anti-racisme ; art. 21, § 5, de la loi genre.

245 Commission européenne, Avis motivé adressé au Royaume de Belgique au titre de l'article 258 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en raison de la non-transposition 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, 16 juin 2011, 2007/2007 C(2011) 3982 def.

246 Considérant 32 du Préambule de la directive 2006/54/CE. Voy. aussi l'article 24 de cette directive.

2004/113/CE, dont le champ d'application dépasse le domaine de l'emploi et du travail, elles imposent aux États membres d'adopter les mesures nécessaires pour protéger « les personnes » contre tout traitement défavorable ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice²⁴⁷.

285. A cet égard, la Commission note qu'à l'occasion d'une réforme du décret du 22 mars 2007, la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale a étendu le système de protection mis en place pour en faire bénéficier les personnes « qui interviennent comme témoin, conseil, défendeur ou soutien de la personne concernée »²⁴⁸.

286. La Commission **recommande** d'adapter le cadre législatif, après consultation des partenaires sociaux, pour faire bénéficier de la protection contre les représailles les personnes qui défendent ou soutiennent la personne qui a introduit ou au bénéfice de laquelle a été introduite une plainte ou une procédure judiciaire. Compte tenu de la nature de la protection accordée par les lois de 2007, une telle extension pourrait s'accompagner d'une modulation du contenu de la protection dont bénéficient les personnes autres que la victime alléguée et les témoins tels que définis actuellement dans la loi.

Section 8. La preuve de la discrimination

287. L'expérience belge et étrangère montre que, dans de nombreux cas, en raison des spécificités du phénomène discriminatoire, apporter la preuve en justice d'une discrimination subie reste très difficile pour les victimes. Rares sont en effet les situations dans lesquelles la victime dispose d'un document écrit ou enregistré indiquant sans ambiguïté que la décision contestée est discriminatoire²⁴⁹. Dans de nombreuses situations, s'il existe des documents susceptibles d'établir la discrimination, ils sont aux mains de l'auteur de celle-ci. Il est également fréquent qu'une décision telle qu'un refus d'embauche, un refus de louer un logement, un refus de service en raison, par exemple, de l'origine étrangère ou de l'orientation sexuelle de l'intéressé(e), ne laisse pas de trace matérielle révélant clairement son caractère discriminatoire. Comme l'observe la *House of Lords* britannique, « *because people rarely advertise their prejudice and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence* »²⁵⁰. Ceci explique que la difficulté à apporter en justice des preuves jugées suffisantes de la discrimination subie, reste un problème majeur qui limite très fortement la capacité des victimes à obtenir gain de cause.

288. Pour remédier à ce problème central qui fait obstacle à une protection juridictionnelle effective des victimes, le législateur de 2007 a, conformément aux exigences des directives

247 Art. 9 de la directive 2000/43/CE ; art. 10 de la directive 2004/113/CE.

248 Art. 15/1, § 4, du décret du 22 mars 2007 de la Commission communautaire française relatif à l'égalité de traitement dans la formation professionnelle, tel que modifié par le décret du 5 juillet 2012. Une rédaction identique a été adoptée par la Région de Bruxelles-Capitale (art. 6 de l'Ordonnance du 8 décembre 2016 modifiant l'article 23, § 9, de l'Ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise (*M.B.*, 28 décembre 2016)).

249 Par exemple Trib. trav. Gent, 26 mars 2007, A.R. n° 176.893, *C. Murat, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor racismebestrijding c. D. Yves et B.V.B.A. E*. En réponse à sa candidature à un emploi, une personne avait reçu un message indiquant expressément que sa candidature n'avait pas été retenue en raison de ses origines étrangères.

250 *Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, 9 décembre 2004 [2004] UKHL 55, § 73.

européennes²⁵¹, adopté une disposition particulière visant à alléger la charge de la preuve pour la personne qui se dit victime d'une discrimination²⁵².

289. Selon le principe classique, une partie supporte la charge de la preuve des faits qu'elle allègue (art. 1315 du Code civil). Si ce principe a connu de nombreux aménagements qui sont principalement le fait de la jurisprudence, dans le cadre des recours pour discrimination, le législateur a mis en place un dispositif légal de partage de la charge de la preuve. Selon les dispositions pertinentes des lois de 2007, lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination invoque devant une juridiction des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des motifs protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu discrimination²⁵³. Autrement dit, lorsque le plaignant met en avant des éléments qui laissent soupçonner qu'il y a eu discrimination, une présomption de discrimination peut être établie. Le défendeur peut toutefois renverser cette présomption en prouvant que la mesure contestée a été prise pour des raisons étrangères à toute discrimination. C'est en ce sens qu'on dit qu'il y a déplacement de la charge de la preuve vers le défendeur.

290. Il convient de garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas là d'un renversement, mais bien d'un partage de la charge de la preuve. La partie qui se prétend victime d'une discrimination conserve un rôle essentiel dans l'administration de la preuve, puisqu'elle doit démontrer l'existence de « faits » permettant de présumer l'existence d'une discrimination. Comme l'a noté la Cour constitutionnelle, « il ne saurait être question d'un renversement de la charge de la preuve qu'après que la victime prouve les faits qui laissent présumer l'existence d'une discrimination »²⁵⁴.

291. La pratique montre que dans la jurisprudence belge, ce mécanisme donne lieu à des interprétations très différentes, certaines pouvant susciter des doutes quant à leur conformité avec la raison d'être de ce dispositif (A). Il apparaît que deux points clés appellent des clarifications : la question de savoir quels types de faits sont susceptibles de faire naître une présomption de discrimination (B) et la question de savoir quels éléments le défendeur peut invoquer pour renverser cette présomption (C). De manière générale, les acteurs de terrain constatent que, malgré cette règle, la tâche de la personne qui se prétend victime d'une discrimination pour ce qui est des éléments de preuve à apporter, demeure très difficile²⁵⁵.

251 Art. 8 de la directive 2000/43 ; art. 10 de la directive 2000/78 ; art. 19 de la directive « refonte ».

252 A l'origine, ce principe a été dégagé par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle a estimé que pour garantir l'effectivité du principe d'égalité de traitement, « la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations ». (CJUE, aff. C-127/92, *Dr. Pamela Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, arrêt du 27 octobre 1993, § 14). Voy. aussi, notamment, CJUE, aff. C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, arrêt du 17 octobre 1989, § 14, et CJUE, aff. C-381/99, *Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, arrêt du 26 juin 2001, § 53.

253 Art. 28 de la loi anti-discrimination ; art. 30 de la loi anti-racisme ; art. 33 de la loi genre.

254 Cour const., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.93.3.

255 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 10 (point 1), p. 17, p. 22 et pp. 36-37.

A. L'application du mécanisme de partage de la charge de la preuve dans la jurisprudence belge

292. Dans la jurisprudence belge, le mécanisme du partage de la charge de la preuve prévu par les lois de 2007 a donné lieu à des interprétations contrastées.

293. Dans certaines affaires soumises à la justice, ce mécanisme a fonctionné conformément à son objectif, en permettant de répartir le fardeau de la preuve entre les parties. Ainsi, dans un litige qui portait sur un refus d'embauche, le Tribunal du travail de Bruges a eu égard à un faisceau de faits, notamment un enregistrement d'une conversation, un certificat médical et une déclaration d'un témoin, pour accepter que l'on puisse présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur le handicap dont souffrait le demandeur²⁵⁶. A défaut pour le défendeur d'apporter la preuve qu'il n'y avait pas discrimination, le juge a constaté un manquement à la loi anti-discrimination²⁵⁷.

294. La jurisprudence contient néanmoins des décisions qui témoignent d'une interprétation extrêmement restrictive du mécanisme de partage de la charge de la preuve. Ainsi, à propos d'une demande engagée par une femme malvoyante qui affirmait que l'accès à un restaurant lui avait été refusé en raison de la présence de son chien-guide, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a-t-il estimé que les déclarations de quatre personnes ayant assisté aux événements, consignées par la police, ne constituaient pas des faits au sens des dispositions légales. Selon le tribunal, un fait serait un « *vaststaande gebeurtenis* », qui ne pourrait être confondu avec le simple témoignage sur des événements²⁵⁸. Cette interprétation, toutefois, ne trouve pas d'appui dans le texte de loi ni dans les travaux préparatoires. De manière générale, les observateurs de la pratique judiciaire notent que certains tribunaux n'autorisent le déplacement de la charge de la preuve qu'au prix d'une démonstration qui se rapproche sensiblement de la démonstration à part entière d'une discrimination²⁵⁹. Dans ces conditions, ce mécanisme, qui vise en principe à alléger la tâche de la victime, se révèle de peu d'utilité, vu que la victime se retrouve à peu près dans la même situation que si ce système de présomption n'existait pas.

295. La Commission relève que l'incertitude porte avant tout sur la question de la nature et de l'ampleur des faits qui doivent être démontrés par la personne qui se prétend victime d'un comportement discriminatoire, pour enclencher la mise en œuvre du mécanisme.

296. Selon la Commission, ces difficultés n'apparaissent pas liées à une maladresse dans la rédaction des différents textes de loi. Les différentes versions linguistiques des lois de 2007

256 Trib. trav. Bruges, 10 décembre 2013, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding et B.D. c. V. H. K. et B.V.B.A. L*, R.G. n° 12/25521/A et 12/2596/A.

257 Une autre décision à souligner sur ce plan est Trib. trav. Leuven, 10 décembre 2013, *Jan V.H. c. B.V.B.A. V.*, n° 12/1064/A. Voy les autres espèces citées par P. CHARLIER et J. RINGELHEIM, « Les lois belges de 2007 et la lutte contre la discrimination : l'épreuve de la pratique », in *Politiques antidiscriminatoires*, op. cit., pp. 116-117.

258 Trib. comm. Bruxelles (prés.), 8 juillet 2005, *Annelies V.D.B. et Centrum voor Gelijkheid van Kansen en Racismebestrijding c. NV P, M. Suphy A et M. Anas R.* Voy. aussi Anvers, 25 février 2009, *Joris V. c Centrum voor Gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, 2008/AR/268.

259 J. VRIELINK et V. VANDERSTEEN, *Access to Justice – A Sociological Study on Cases of Discrimination in the EU – FRA D/SE/10/05. National Assessment Reports. Fieldwork Research. Belgium*, op. cit., p. 8 : « The threshold for the shift of the burden of proof is (still) experienced as very high and at times as 'insurmountable', despite the possibility of the shift in the burden of proof (...), since even cases in which the evidence is overwhelming (in the perception of complainants) do not always result in convictions ».

utilisent des termes comparables²⁶⁰. Et elles correspondent au texte des directives européennes, qui évoquent des « des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte... » en français, « *feiten aanvoeren die directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden...* » en néerlandais et « *facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination...* » en anglais.

297. La Commission fait l'hypothèse que la tendance d'une partie de la jurisprudence à interpréter très restrictivement ce mécanisme, s'explique plutôt par un manque de familiarité des juges avec cette règle propre au droit antidiscriminatoire et le fait qu'elle est perçue comme dérogoire par rapport au droit commun de la preuve²⁶¹.

298. La Commission observe que la législation de 2007 elle-même, ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, voire la jurisprudence d'autres pays membres, fournissent des précisions utiles sur la façon dont la règle du partage de la charge de la preuve doit être appliquée, et en particulier sur la question de la nature et de l'ampleur des faits qui doivent être démontrés par la personne qui se prétend victime d'un comportement discriminatoire, pour établir une présomption de discrimination (voy. *infra*, point B).

299. Ces indications semblent toutefois insuffisamment connues des magistrats appelés à se prononcer ponctuellement sur des cas de discrimination. La Commission estime dès lors qu'il serait bénéfique de dresser un guide des bonnes pratiques identifiant le type et la nature des « faits » qui sont susceptibles de générer une présomption de discrimination et, partant, le déclenchement du mécanisme de déplacement de charge de la preuve. Un tel guide, fondé sur l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice mais aussi de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que de la jurisprudence nationale belge et étrangère, pourrait rendre d'utiles services à la pratique. Ce guide pourrait préciser s'il est possible d'évoquer des faits de nature générale ou s'il faut au contraire que les faits avancés puissent être imputés spécifiquement à l'auteur de la distinction²⁶².

300. La Commission recommande qu'un guide des bonnes pratiques soit rédigé, qui identifiera de manière concrète, notamment à l'aide d'une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, le type et la nature des « faits » qui sont susceptibles de générer une présomption de discrimination et, partant, le déclenchement du mécanisme de déplacement de la charge de la preuve ainsi que les éléments qui permettent de renverser la présomption.

260 Voy. les termes de l'article 28 de la loi anti-discrimination. La version française parle de « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés » ; la version néerlandaise de « *feiten (...) die het bestaan van een discriminatie op grond van een van de beschermde criteria kunnen doen vermoeden* » ; la version allemande de « *Taten beruht, die das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund eines der geschützten Merkmale vermuten lassen* ».

261 Ces difficultés ne sont pas propres à la Belgique. Une étude comparative a révélé qu'elles se rencontraient également dans d'autres États européens. Voy. Milieu Ltd., *Comparative Study on Access to Justice in Gender Equality and Anti-discrimination Law – Synthesis Report*, 2011, Contract No. VC/2009/0288, pp. 23-26.

262 Cour const., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, B.93.3.

B. Les moyens permettant d'apporter la preuve des faits susceptibles de justifier d'établir une présomption de discrimination

301. Pour mieux cerner la notion de « faits permettant de présumer une discrimination », on peut notamment s'appuyer sur les indications fournies par les trois lois de 2007 (1) et sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2). Certaines méthodes particulières de preuve susceptibles d'être utilisées dans des affaires de discrimination appellent des observations supplémentaires : le recours à un comparateur (3), les statistiques (4) et la notion de tests de situation (5).

1. Les indications fournies par les lois de 2007

302. Afin de préciser les conditions d'application de la règle du partage de la charge de la preuve, le législateur de 2007 cite expressément dans les textes de loi, à titre d'exemples, certains éléments susceptibles de constituer des « faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination ».

- Pour les discriminations *directes*, ces faits incluent notamment : 1° « les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitements défavorables à l'égard de personnes partageant un motif protégé ; entre autres, différents signalements isolés faits auprès de Centre ou de l'un des groupements d'intérêts » et 2° « les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence ».

- Pour les discriminations *indirectes*, trois types de faits sont cités : 1° « des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale », 2° « l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect » et 3° « encore du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable »²⁶³.

303. La Commission observe qu'il semble que ces modes de preuve particuliers restent peu utilisés dans la pratique par les plaignants dans les affaires de discrimination introduites en Belgique.

304. Par ailleurs, il importe de le souligner : tant les textes de loi eux-mêmes que les travaux préparatoires indiquent clairement que cette liste n'est pas exhaustive. Les éléments susceptibles de faire naître une présomption peuvent être « de toute nature »²⁶⁴.

2. Les indications fournies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

305. La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée, dans différentes affaires, à préciser que certains types de faits étaient de nature à établir une présomption de discrimination. On en donnera ici quelques illustrations. Ainsi, elle a établi que des statistiques montrant qu'une mesure ou pratique a un impact défavorable sur un nombre significativement

263 Art. 28 de la loi anti-discrimination ; art. 29 de la loi anti-racisme ; art. 33 de la loi genre.

264 Voy. I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », *op. cit.*, p. 431.

plus élevé de femmes que d'hommes, génèrent une présomption de discrimination indirecte²⁶⁵. Dans sa jurisprudence relative aux discriminations salariales entre hommes et femmes, elle a indiqué que lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui manque totalement de transparence et que la plaignante établit que, par rapport à un nombre relativement important de salariés, la rémunération moyenne des travailleurs féminins de cette entreprise est inférieure à celles des travailleurs masculins, il appartient à l'employeur de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire²⁶⁶. Dans l'arrêt *Feryn*, elle juge que des déclarations publiques à la presse par lesquelles un employeur fait savoir qu'il ne recrutera pas de travailleurs d'une certaine origine ethnique ou raciale suffisent pour présumer l'existence d'une politique d'embauche directement discriminatoire²⁶⁷. Soulignons par ailleurs que dans plusieurs cas, c'est un faisceau d'indices qui, combinés, rendent suspect le comportement de l'entreprise ou institution visée, qui est identifié comme générant une présomption de discrimination²⁶⁸. Rappelons toutefois que dans tous ces cas, il s'agit uniquement d'établir une présomption de discrimination, que la personne visée peut renverser en apportant des éléments adéquats (voy. *infra*, point C.).

3. Le recours à un comparateur

306. Les lois de 2007 mentionnent, en tant que faits permettant de présumer une discrimination, « les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence ». Il s'agit dans ce cas, pour la personne qui s'estime victime d'une discrimination, de montrer qu'elle a été moins bien traitée qu'une autre personne présentant une situation comparable à la sienne, à ceci près qu'elle ne partage pas le motif protégé en cause. Dès lors que la victime alléguée et la personne de référence sont comparables pour ce qui est des motifs pertinents à prendre en compte dans la situation visée – par exemple l'accès à un emploi, un logement ou un service –, il y a des raisons de penser que la cause de la différence de traitement opérée tient au motif protégé présenté par la victime – selon les cas, son origine, son genre, son orientation sexuelle ou une autre caractéristique.

307. L'un des exemples de cette méthode citée dans les travaux parlementaires mérite d'être souligné : « Une personne parlant avec un accent étranger souhaite louer un appartement et prend contact avec le propriétaire ou l'agent immobilier. L'agent immobilier ou le propriétaire ne donne pas suite à la demande sous prétexte que l'appartement est déjà loué. Ensuite, une autre personne, sans accent étranger, se présente également en tant que candidat, et est

265 Voy. notamment CJUE, aff. C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c Karin Weber von Hartz*, arrêt du 13 mai 1986, § 31.

266 CJUE, aff. C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Danfoss*, arrêt du 17 octobre 1989.

267 CJUE, aff. C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v Firma Feryn VN*, arrêt du 10 juillet 2008, § 34. Dans une affaire postérieure, la Cour de justice applique le même raisonnement dans le cas de déclarations faites à la presse par le responsable d'un club de football professionnelle dans lesquelles il affirme être rigoureusement opposé au recrutement d'un footballeur homosexuel dans son équipe dès lors que l'auteur de ces déclarations se présente et est perçu dans les médias comme dans la société comme le principal dirigeant de ce club, même s'il ne dispose pas nécessairement de la capacité juridique de lier le club en matière d'embauche (CJUE, aff. C-81/12, *Asociația Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, arrêt du 25 avril 2013, § 53).

268 Voy. en particulier l'affaire CHEZ dans laquelle la Cour de justice identifie un ensemble de faits comme étant susceptibles de contribuer à établir une présomption de discrimination (CJUE (Grande Chambre), aff. C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD c. Komisia za zashtita ot diskriminatsia*, arrêt du 16 juillet 2015).

invité à voir l'appartement. »²⁶⁹ Un tel cas de figure permet d'établir une présomption de discrimination.

308. On trouve quelques exemples d'affaires judiciaires dans lesquelles des plaignants ont pu convaincre le juge de présumer l'existence d'une discrimination en recourant à un procédé semblable. Dans une affaire décidée par la Cour d'appel d'Anvers, le plaignant, qui portait un nom à consonance étrangère, avait manifesté son intérêt par téléphone pour une offre d'emploi de monteur de meubles mais s'était vu répondre, après avoir prononcé son nom, que le poste était déjà pourvu. Deux autres personnes portant des noms à consonance européenne avaient alors contacté le même employeur, lequel leur avait indiqué que l'emploi était toujours vacant. La Cour s'est appuyée sur ces faits pour présumer une discrimination²⁷⁰.

309. Cette méthode, qui reste peu utilisée, peut constituer un moyen intéressant pour les victimes d'apporter des éléments de preuve à l'appui de leur plainte. Sa portée est toutefois limitée aux situations dans lesquelles il est aisé de trouver une personne présentant un degré de comparabilité suffisant avec la victime alléguée pour que le procédé soit pertinent. Elle nécessite par ailleurs le respect de certaines conditions. Aussi, la Commission salue le développement par UNIA d'un dispositif pratique indiquant aux associations ou aux individus victimes de discrimination la façon de recourir à cette méthode²⁷¹.

4. Les statistiques

310. Les données statistiques sont expressément citées dans les lois de 2007 comme un exemple de faits susceptibles de générer, dans certaines circonstances, une présomption de discrimination. La Cour de justice de l'Union européenne, dans sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, a, à plusieurs reprises, confirmé que des statistiques, pouvaient faire naître une présomption de discrimination, pour autant que certaines conditions soient remplies²⁷². La Cour européenne des droits de l'homme a également appliqué le même mécanisme en matière de discrimination raciale²⁷³ et de discrimination de genre²⁷⁴.

311. La Commission relève que ce mode de preuve particulier semble très peu utilisé en pratique dans les affaires portées devant les tribunaux belges. Elle n'a pu identifier aucune décision de justice en Belgique dans laquelle des données statistiques auraient été utilisées pour apporter la démonstration de faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte. Sans doute ceci s'explique-t-il en partie par le faible nombre d'affaires dans lesquelles est en jeu une discrimination indirecte.

269 Rapport du 19 mars 2007 fait au nom de la Commission de la justice par Eric Libert, *Ch. Repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, p. 80.

270 C. trav. Anvers, 25 juin 2008. Voy. aussi, en matière de logement, Trib. civ. Bruxelles (réf.), 3 juin 2005, *Revue du droit des étrangers*, 2005, n° 133, p. 220.

271 Voy. <http://unia.be/fr/sensibilisation-et-prevention/outils/prouver-une-discrimination-raciale-au-logement-comment-le-prouver>.

272 Voy., notamment, CJUE, aff. C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH c Karin Weber von Hartz*, arrêt du 13 mai 1986, § 31 ; CJUE, aff. C-167/97, *Seymour-Smith et Perez*, arrêt du 9 février 1999 ; CJUE, aff. C-3000/06, *Voss c. Berlin*, arrêt du 6 décembre 2007.

273 Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *D.H. et autres c. République tchèque*, arrêt du 13 novembre 2007.

274 Cour eur. D.H., *Zarb Adami c. Malte*, arrêt du 20 juin 2006, § 79, et Cour eur. D.H., *Di Trizio c. Suisse*, arrêt du 2 février 2016.

312. La Commission note néanmoins que des questions subsistent sur les conditions auxquelles les données statistiques doivent répondre pour pouvoir être admises²⁷⁵. Elle souhaite que cette question soit examinée plus en détail dans la deuxième phase de ses travaux. Cet examen sera aussi l'occasion de s'interroger sur les difficultés pratiques que peuvent rencontrer les justiciables pour recueillir les données nécessaires et les exploiter afin de produire des statistiques pertinentes.

5. La question des tests de situation

313. La loi du 25 février 2003 mentionnait expressément, parmi les faits susceptibles de déclencher le mécanisme de partage de la charge de la preuve, le résultat d'un test de situation révélant une disparité de traitement liée à un motif protégé. Elle prévoyait toutefois l'adoption d'un arrêté royal pour régler les modalités de mise en œuvre de tels tests. Or, cet arrêté royal n'avait jamais été adopté.

314. Les lois de 2007, en revanche, n'évoquent pas expressément l'utilisation de cette technique. Il a cependant été souligné que la pratique de tels tests correspond à une combinaison de « tests de comparabilité » et de « tests de récurrence », évoqués dans les lois de 2007 à titre d'exemples de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe. La réalisation d'un test de situation suppose en effet de tester les pratiques de sélection d'un employeur ou d'un autre acteur économique en le confrontant à deux groupes d'individus, aux profils équivalents du point de vue des éléments pertinents pour la sélection à opérer mais différents par le fait que les membres d'un des deux groupes présentent un motif protégé²⁷⁶. Pour être considéré comme révélant *a priori* une pratique discriminatoire, le test doit impliquer des personnes aux profils comparables et montrer une récurrence de traitements moins favorables des personnes présentant le motif protégé. Du reste, les modes de preuve visés par les lois de 2007 ne sont nullement exhaustifs, c'est ce que confirme l'utilisation du terme « pas exclusivement ». En tout état de cause, rien dans la loi n'interdit de procéder à de tels tests²⁷⁷.

315. La Commission note que dans de nombreux pays, et notamment au Royaume-Uni, aux Pays-Bas, en France, au Danemark, en Finlande ou encore en Suède, les tests de situation ont été admis comme constituant un mode de preuve valable en justice²⁷⁸. Plusieurs juridictions se sont penchées sur cette méthode, qui a été validée à de nombreuses reprises, notamment sous l'angle du respect de la vie privée et de la légalité des preuves. En France, par exemple, la Cour cassation a admis, dans une affaire de discrimination alléguée à l'entrée

275 Voy. notamment I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », *op. cit.*, pp. 448-459.

276 Voy. *supra*, Chapitre 3. Concepts de base du droit de la lutte contre les discriminations, Section 4. La définition des motifs protégés, §§ 111 et s.

277 Voy. *idem*, p. 447 ; N. BERNARD, « Les lois anti-discrimination et le secteur du logement (privé et social), in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, *op. cit.*, pp. 821-823.

278 Voy. I. RORIVE, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, Bruxelles, Center for Equal Rights and Migration Policy Group, 2009.

d'une boîte de nuit, la force probante d'un tel test dans le cadre d'une procédure pénale²⁷⁹. Une disposition en ce sens a ensuite été introduite dans le Code pénal français²⁸⁰.

316. La Commission relève néanmoins qu'une certaine incertitude continue à régner en Belgique tant sur la possibilité d'utiliser un test de situation que sur les conditions qui doivent présider à son organisation. Ce flou peut contribuer à expliquer pourquoi ces tests sont peu utilisés dans le cadre de procédures judiciaires. Ils le sont en revanche à des fins de connaissance des pratiques discriminatoires et de sensibilisation à cette question – conformément à l'usage initial de cette méthode²⁸¹.

317. La Commission note que la force probante d'un tel test en justice suppose que sa réalisation se conforme à une méthodologie rigoureuse. En outre, son utilisation dans le domaine judiciaire peut soulever des difficultés tenant à la notion de provocation²⁸² ou, dans certains cas, à l'interdiction pénale du port public de faux nom²⁸³. Pour éviter de telles objections, la pratique d'un tel test doit, là aussi, respecter certaines conditions.

318. La Commission relève qu'UNIA plaide pour que les tests de situation soient « mieux encadrés par le législateur, de façon à réduire l'incertitude sur la valeur probante de ces tests »²⁸⁴. Le Conseil d'État a lui aussi estimé qu'il était nécessaire de disposer d'un cadre légal précisant « les principes essentiels » relatif à la mise en œuvre des tests de situation²⁸⁵.

319. La Commission **recommande** au législateur de mener une réflexion sur la mise en place d'un cadre légal, le cas échéant par arrêté royal, relatif à l'usage d'un test de situation comme moyen de preuve dans le cadre d'une action en justice. La Commission souhaite par ailleurs poursuivre ses travaux sur l'ensemble de ces questions.

279 Voy. par exemple Cass. fr. (crim.), 11 juin 2002, n° pourvoi 01-85559, *Bull. crim.*, 2002, n° 131 p. 482 (en matière pénale).

280 Art. 225-3-1 du Code pénal français introduit par l'art. 45 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

281 Voy. par exemple le test de situation mis en oeuvre par le Minderhedenforum en 2012 sur le marché du logement (M.S. LAHLALI, « Praktijktests Discriminatie Antwerpse en Gentse woninghuurmarkt », *Minderhedenforum*, 2012) et l'enquête du Minderhedenforum sur les entreprises de chèque-service : N. SPAAS, « Dienstencheques : subsidieren om te discrimineren ? », *op. cit.*

282 La notion de provocation est essentiellement pénale mais trouve un répondant en matière civile. Par exemple Mons, 2 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 296, et Gent, 16 février 2010, *TGR*, 2010, n° 4, p. 258. Sur la question des rapports entre tests de situation, d'une part, et les notions de provocation et de loyauté de la preuve, d'autre part, voy. I. RORIVE et V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? », *op. cit.*, pp. 439-442.

283 L'article 231 du Code pénal incrimine 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). Cette incrimination ne s'étend pas à l'utilisation d'un pseudonyme, qui constitue un comportement autorisé. Outre que la lisière entre le port public de faux nom et l'utilisation d'un pseudonyme est parfois difficile à tracer, le recours à un pseudonyme ne paraît cependant pas constituer un procédé adéquat dans le cadre d'un test de situation.

284 UNIA, *Discriminations au logement*, novembre 2016 (disponible sur <http://unia.be/fr/>).

285 Avis du Conseil d'État n° 42.399/1 du 13 mars 2007, Parl. St. Kamer, doc 51-2720/008, 9-10. Et déjà avis antérieur : la question des modalités des tests de situation doit être réglée « à tout le moins quant aux principes essentiels, par le législateur lui-même, à qui il appartient de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) et les autres droits et libertés fondamentales, et de veiller ainsi à ce que les 'tests de situation' ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux » (Chambre des Représentants, 2001-2002, Projet de loi 1578/2 (avis du Conseil d'État n° 32.967/2), p. 9).

C. Le renversement de la présomption de discrimination

320. Il importe de souligner à nouveau que le mécanisme du partage de la charge de la preuve permet uniquement à la victime d'établir une présomption de discrimination. Le défendeur garde la possibilité de renverser cette présomption et d'échapper à l'accusation de discrimination s'il apporte des éléments pertinents et convaincants. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, cela ne suppose pas pour le défendeur d'apporter la preuve d'un fait négatif. Pour renverser la présomption, le défendeur doit établir que la mesure contestée se fonde, en réalité, sur des éléments étrangers à toute discrimination. Plusieurs hypothèses sont envisageables : il peut, par exemple, démontrer que la différence de traitement constatée, par exemple un refus d'embauche, ne se fonde pas sur un motif protégé, mais bien sur une cause valable, par exemple un manque de qualification du candidat. Il pourrait aussi démontrer que l'une des causes de justifications d'une différence de traitement admises par la loi est rencontrée en l'espèce, par exemple une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Section 9. Le caractère effectif, proportionné et dissuasif des sanctions civiles

321. Les directives européennes exigent la mise en place de sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » en cas de discrimination²⁸⁶.

322. Le législateur belge a prévu plusieurs sanctions de nature civile qui peuvent être prononcées par le juge en cas de constat de discrimination contraire aux lois de 2007 :

- l'indemnisation du préjudice²⁸⁷ ;
- la condamnation de l'auteur de la discrimination au paiement d'une astreinte au cas où il ne serait pas mis fin à la discrimination constatée²⁸⁸ ;
- la nullité des dispositions contraires aux lois de 2007 ainsi que des clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce aux droits garantis par la présente loi²⁸⁹ ;
- l'affichage de la décision ou du résumé de celle-ci²⁹⁰.

323. En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice subi par la victime, le législateur de 2007 a retenu un double système. La victime peut tout d'abord choisir d'obtenir compensation du dommage réellement subi. Dans ce cas, elle devra apporter la preuve du dommage, conformément au droit commun de la responsabilité. Mais prenant acte du fait que « dans la plupart des cas, l'application du droit commun de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle n'offre pas à la victime la possibilité d'obtenir une réparation effective du préjudice par elle subi »²⁹¹, le législateur a également prévu un mécanisme d'indemnisation

286 Art. 15 de la directive 2000/43/CE ; art. 17 de la directive 2000/78/CE ; art. 25 de la directive 2006/54/CE.

287 Art. 18 de la loi anti-discrimination ; art. 16 de la loi anti-racisme ; art. 23 de la loi genre.

288 Art. 19 de la loi anti-discrimination ; art. 17 de la loi anti-racisme ; art. 24 de la loi genre.

289 Art. 15 de la loi anti-discrimination ; art. 13 de la loi anti-racisme ; art. 20 de la loi genre. Sur cette forme de sanction, voy. J.-F. GERMAIN et C. EYBEN, « Les sanctions civiles. La nullité et les dommages et intérêts forfaitaires », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination / De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, op. cit., pp. 333-359.

290 Art. 20, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 18, § 3, de la loi anti-racisme ; art. 25, § 3, de la loi genre.

291 Exposé des motifs, Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2722/001, p. 26.

forfaitaire. La victime d'une discrimination reconnue en justice peut donc également faire le choix de solliciter une indemnisation forfaitaire, dont le montant est fixé par la loi.

324. La Commission relève trois éléments qui méritent de retenir immédiatement l'attention, sans exclure qu'un examen ultérieur plus approfondi permette d'apercevoir d'autres sujets de préoccupation.

A. Le caractère obligatoire de l'octroi des dommages et intérêts

325. Les textes législatifs pertinents peuvent donner lieu à interprétation. D'une part, certaines dispositions indiquent que la personne qui a contrevenu à l'interdiction de la discrimination « doit » verser à la victime une indemnité correspondant, selon le choix de la victime, à la somme forfaitaire fixée par la loi ou au dommage réellement subi²⁹². Mais d'autre part, d'autres dispositions énoncent que le tribunal « peut » accorder l'indemnité forfaitaire qui serait demandée par la victime, ce qui peut sembler accorder au juge un pouvoir d'appréciation quant à la possibilité d'accorder ou non à la victime une compensation²⁹³.

326. Certains tribunaux en ont déduit qu'en cas de constat de discrimination, ils ne devaient pas forcément accorder à la victime l'indemnité forfaitaire qu'elle aurait sollicitée²⁹⁴. Cette interprétation est difficile à défendre. Elle va à l'encontre de l'objectif du législateur qui, lorsqu'il a introduit en 2007 la possibilité, pour la victime d'une discrimination, de demander des dommages et intérêts forfaitaires, entendait précisément faciliter son indemnisation. Le caractère forfaitaire de la réparation permet en effet d'éviter un débat sur l'évaluation de l'étendue du dommage subi.

327. En outre, l'octroi au juge d'un pouvoir d'appréciation portant sur l'opportunité d'accorder ou non une indemnité forfaitaire n'est pas conciliable avec l'impératif selon lequel les sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives ». L'existence d'un tel pouvoir rend la sanction en effet éventuelle, sans qu'il soit possible par ailleurs d'apercevoir quels motifs le juge va retenir pour exercer son pouvoir d'appréciation²⁹⁵.

328. Il se comprend parfaitement que le juge conserve un pouvoir d'appréciation à l'égard de certaines sanctions secondaires, à l'instar de l'affichage de la décision²⁹⁶. Cette possibilité est par contre incompatible avec l'exercice d'une sanction primaire, sauf à envisager un système dans lequel le juge pourrait non pas renoncer à accorder une indemnisation forfaitaire, mais bien moduler l'ampleur de l'indemnisation forfaitaire selon les circonstances de la cause.

292 Art. 18, § 1^{er}, al. 2, de la loi anti-discrimination ; art. 16, § 1^{er}, al. 2, de la loi anti-racisme ; art. 23, § 1^{er}, al. 2, de la loi genre.

293 Art. 20, § 2, de la loi anti-discrimination ; art. 18, § 2, de la loi anti-racisme, art. 25, § 2, de la loi genre.

294 Voy., par exemple, Trib. Bruxelles, 25 janvier 2011. Voy. aussi Civ. Bruxelles (prés.), 22 décembre 2009, *Procureur du Roi c. M.*, R.G. n° 2009/12.031/1 (le tribunal refuse de faire droit à la demande d'indemnisation forfaitaire formulée par la victime au motif que celle-ci a été formulée oralement lors de l'audience alors qu'elle aurait dû faire, selon le tribunal, l'objet d'une intervention volontaire dans les formes prévues par le Code judiciaire).

295 La circonstance que le juge statue dans le cadre d'une action en cessation ne suffit pas à expliquer l'existence dans le chef du juge d'un pouvoir d'appréciation.

296 Art. 20, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 18, § 3, de la loi anti-racisme ; art. 25, § 3, de la loi genre.

B. Le montant des dommages et intérêts forfaitaires

329. Dans le système retenu par le législateur de 2007, la victime peut tout d'abord choisir d'obtenir compensation du dommage réellement subi. Dans ce cas, elle devra apporter la preuve du dommage, conformément au droit commun de la responsabilité.

330. La victime peut également opter pour une indemnisation forfaitaire. Le système d'indemnisation forfaitaire connaît deux versions. Dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires d'assurance sociale, l'indemnisation forfaitaire équivaut à six mois de rémunération brute²⁹⁷. Elle peut néanmoins être réduite à un montant équivalent à trois mois de rémunération brute lorsque l'employeur démontre que le traitement litigieux aurait en tout état de cause été adopté. Ce montant couvre tant le dommage matériel que le dommage moral.

331. En dehors des relations de travail, l'indemnisation forfaitaire prévue par les lois est fixée à un montant de base de 650 euros²⁹⁸. Ce montant peut être porté à 1.300 euros lorsque la personne qui s'est rendue coupable de discrimination n'a pas apporté la preuve que le traitement litigieux aurait également été adopté en l'absence de discrimination. Le juge peut également retenir le montant de 1 300 euros « en raisons d'autres circonstances, telles que la gravité du préjudice moral subi ». Le montant accordé ne couvre que le seul dommage moral. En outre, la loi ne prévoit pas l'indexation de ces montants.

332. Les montants retenus dans le domaine des relations de travail semblent avoir été choisis sur base des balises posées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²⁹⁹.

333. Par contre aucune justification n'est offerte permettant d'expliquer pourquoi le législateur a retenu les montants de 650 et de 1 300 euros lorsque la discrimination ne concerne pas les relations de travail. Il semble que ce choix ne résulte pas d'un véritable calcul fondé sur l'ampleur moyenne du dommage moral subi par les victimes de discrimination³⁰⁰.

334. La Commission constate que la pratique a fait surgir de nombreuses interrogations sur le caractère effectif, proportionné et dissuasif des montants retenus par le législateur.

335. Dans le domaine des relations de travail, les montants retenus peuvent dans certaines hypothèses s'avérer appropriés. Il en ira, par exemple, ainsi lorsque le litige porte sur un refus d'embauche par une entreprise de taille modeste. Une indemnité s'élevant à trois ou six mois de salaire pourra aisément répondre à l'exigence d'être dissuasive.

297 Art. 18, § 2, 2°, de la loi anti-discrimination ; art. 16, § 2, 2°, de la loi anti-racisme ; art. 23, § 2, 2°, de la loi genre.

298 Art. 18, § 2, 1°, de la loi anti-discrimination ; art. 16, § 2, 1°, de la loi anti-racisme ; art. 23, § 2, 1°, de la loi genre.

299 Exposé des motifs, Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2722/001, pp. 59-60.

300 On peut lire à ce sujet dans l'exposé des motifs que, « [e]n fixant dans la loi elle-même un montant déterminé de dommages moraux, on se borne pour ainsi dire à 'substituer l'arbitraire du législateur à l'arbitraire du juge' » (Exposé des motifs, Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, 26 octobre 2006, *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2722/001, p. 27).

336. Par contre, dans l'hypothèse d'une discrimination avérée qui touche une personne travaillant au sein d'une structure de plus grande ampleur, la fourchette retenue par le législateur pourrait s'avérer trop modeste pour répondre à l'impératif de dissuasion. Elle pourrait aussi ne pas constituer une sanction proportionnelle compte tenu du niveau de rémunération en cause³⁰¹.

337. En tout état de cause, le système retenu par le législateur ne permet guère au juge d'adapter le montant de la compensation pour tenir compte de circonstances particulières.

338. En dehors du domaine des relations de travail, par exemple, dans le cas d'une discrimination dans l'accès à des biens ou services à la disposition du public, les montants fixés – 650 ou 1 300 euros selon les cas (voy. ci-dessus) – sont relativement faibles. En outre, la loi ne prévoit pas l'indexation de ces montants. L'indemnisation retenue pourrait s'avérer dissuasive et proportionnée lorsque le comportement discriminatoire porte sur des faits isolés commis par une personne individuelle. Mais pour de nombreuses entreprises, le montant prévu paraît négligeable et risque fort dès lors de ne pas revêtir un caractère suffisamment dissuasif³⁰². En outre, lorsqu'est en cause, non pas un fait isolé, mais une pratique récurrente de discrimination, le caractère proportionnel de la sanction peut être mis en doute.

339. La Commission note également que le caractère modeste des montants retenus peut dans certains cas constituer un facteur supplémentaire qui dissuade les personnes s'estimant victimes d'un comportement discriminatoire de s'engager dans une procédure en justice, comme UNIA l'a constaté dans sa pratique³⁰³. S'il est difficile de mesurer objectivement un tel effet de frein, le nombre très réduit de procédures civiles mises en mouvement depuis l'entrée en vigueur des lois de 2007 doit au moins conduire à s'interroger sur l'impact négatif que ce facteur peut avoir sur la motivation des victimes à agir en justice.

340. La Commission estime dès lors nécessaire de majorer les montants forfaitaires d'indemnisation prévus en cas de discrimination en dehors du domaine des relations de travail et de prévoir leur indexation, tout en habilitant le juge à moduler la sanction en fonction des circonstances concrètes de l'espèce.

341. La Commission **recommande** de majorer les montants forfaitaires d'indemnisation versés en cas de discrimination en dehors du domaine des relations de travail et de prévoir leur indexation. Éventuellement, un montant flexible pourrait être prévu, comportant un montant minimum et un montant maximum, le juge étant habilité à moduler la sanction en fonction des circonstances concrètes de l'espèce.

342. La Commission juge par ailleurs qu'il convient de réexaminer l'ensemble du système de sanctions civiles mis en place par les lois de 2007 afin d'en vérifier le caractère adéquat, proportionnel et dissuasif et de réfléchir aux moyens de l'améliorer. Dans le cadre de cette réflexion, la Commission estime pertinent, d'une part, d'explorer la possibilité de permettre au juge de faire varier le montant de l'indemnisation en fonction des caractéristiques des parties et des circonstances de l'affaire, et d'autre part, d'envisager une diversification des sanctions

301 En ce sens, voy. I.E.F.H., *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre*, op. cit., p. 82.

302 En ce sens, voy. UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 74.

303 *Idem*.

en introduisant des sanctions non pécuniaires que le juge pourrait prononcer lorsqu'il l'estime adéquat.

343. A cet égard, une comparaison de la législation belge avec les mécanismes de sanctions mis en place par d'autres États membres de l'Union européenne en matière de discrimination, apporterait un éclairage très utile³⁰⁴. Cette comparaison pourrait porter sur les montants maximums fixés par la loi ou accordés en pratique par les tribunaux, dans d'autres pays, à titre d'indemnité en cas de constat de discrimination. La comparaison pourrait porter également sur la nature des sanctions. D'autres États ont en effet mis en place une palette variée de sanctions non pécuniaires susceptibles d'être appliquées en cas de constat de discrimination. En Irlande, par exemple, en matière de relations de travail, le juge peut imposer la mise en place d'une politique d'égalité des chances, la formation du personnel avec un accent particulier sur les questions liées au handicap, la révision des procédures de recrutement ou la création de comités d'entretien d'embauche. D'autres États membres ont adopté des dispositions touchant l'accès et la participation à des marchés publics. En France, en Italie et au Portugal, par exemple, le juge peut exclure une entreprise de certains marchés publics pendant une durée déterminée³⁰⁵.

344. La Commission se propose de procéder à un réexamen de l'ensemble du système de sanctions mis en place par les lois de 2007. Cet examen portera sur l'étude des sanctions pécuniaires existantes afin d'en vérifier le caractère adéquat, proportionnel et dissuasif, étant entendu que la notion de proportionnalité implique aussi que les sanctions appliquées ne peuvent pas être excessives. Il portera en outre sur la pertinence et l'opportunité d'introduire des sanctions non pécuniaires éventuelles, à la lumière des expériences étrangères.

C. L'affichage de la décision

345. Les lois de 2007 prévoient la possibilité pour le président du tribunal d'ordonner l'affichage de sa décision³⁰⁶. Cet affichage, qui peut s'effectuer en résumé ou in extenso et peut avoir lieu à l'intérieur ou à l'extérieur des locaux de la personne reconnue coupable de discrimination, constitue une sanction complémentaire.

304 Voy. *A comparative analysis of non-discrimination law in Europe 2016*, prepared by I. Chopin and C. Germaine for the European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, European Commission, DG Justice and Consumers, décembre 2016, pp. 102-106, et Ch. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne — Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives*, Commission européenne, DG Emploi, Affaires sociales et égalité des chances, 2005.

305 Ch. TOBLER, *Voies de recours et sanctions dans le droit de non-discrimination de la Communauté européenne — Des voies de recours et des sanctions nationales effectives, proportionnées et dissuasives*, op. cit., pp. 30-31. Une telle étude comparative pourrait également se pencher sur la question de l'instance chargée d'infliger la sanction. Dans certains États, le pouvoir de sanction a été accordé non seulement au juge, mais aussi à une autorité administrative. C'est le cas à Chypre, où le commissaire chargé de l'administration, qui est l'organe spécialisé dans l'anti-discrimination en vertu de la loi chypriote pour ce qui concerne la discrimination raciale et certaines autres formes de discrimination, peut non seulement recevoir des plaintes pour discrimination et enquêter sur celles-ci, mais aussi, sous le contrôle du pouvoir judiciaire, émettre des recommandations exécutoires à l'attention de la personne contre laquelle une plainte a été déposée et contrôler la conformité avec les ordonnances prononcées à l'encontre de personnes déclarées coupables de discrimination.

306 Art. 20, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 18, § 3, de la loi anti-racisme ; art. 25, § 3, de la loi genre.

346. La loi ne prévoit pas la possibilité d'ordonner que l'affichage ait lieu sans renseigner le nom et l'identité de la victime de la discrimination. Même lorsque l'affichage a lieu sous forme de résumé, il ne semble dès lors pas permis au tribunal de prévoir l'anonymisation de la décision.

347. Une révision des lois s'impose sur ce point : non seulement l'identité de la victime constitue un élément superflu, puisque la discrimination porte non sur la personne en tant que telle, mais bien sur le motif retenu. Mais en outre et surtout, la mention du nom de la victime peut avoir des conséquences négatives pour celle-ci.

348. La Commission **recommande** dès lors de modifier les lois de 2007 pour préciser qu'à défaut d'une décision en sens contraire de la part du tribunal qui ordonne la sanction, l'affichage de la décision, qu'il soit intégral ou par voie de résumé, se fera sans renseigner le nom ou l'identité de la victime.

Chapitre 7 – La mise en œuvre du volet pénal

349. Avant d'exposer ses constats, la Commission souhaite rappeler les grandes lignes de la politique criminelle menée dans le cadre de la législation relative à la lutte contre les discriminations.

Section 1. La politique criminelle menée dans le cadre de la législation relative à la lutte contre les discriminations

350. Les lois de 2007 prévoient à la fois des sanctions civiles et des sanctions pénales de nature à renforcer le droit de la discrimination. La détermination des sanctions adéquates en la matière avait déjà suscité des débats intéressants dans le passé³⁰⁷. La Commission constate que le législateur de 2007 a en fin de compte décidé d'édicter des sanctions pénales en sus d'un arsenal important de mesures civiles³⁰⁸. Il jugeait en effet indispensable de pouvoir poursuivre pénalement certaines violations – en particulier les violations de la loi anti-racisme³⁰⁹. Le législateur estimait à cet égard qu'une dépénalisation « (risquait) d'être interprétée, même à tort, de manière confuse et ambiguë sur le plan social et symbolique »³¹⁰.

351. La Cour constitutionnelle a jugé que les incriminations prévues par les lois en question ne portent pas une atteinte disproportionnée (notamment) à la liberté d'expression. D'après la Cour, de telles ingérences du législateur dans la liberté d'expression ne sont pas disproportionnées par rapport au but poursuivi³¹¹. La Cour constitutionnelle a également précisé que l'affirmation du caractère infractionnel d'un comportement, parce qu'il est jugé par le législateur incompatible avec les valeurs fondamentales de la démocratie, peut aussi avoir

307 J. VRIELINK, *Van haat gesproken? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Maklu, Anvers-Apeldoorn, 2010, n° 349.

308 Voir notamment la nullité des dispositions ou des clauses contractuelles contraires à la législation, l'interdiction de prendre des « mesures préjudiciables » à l'encontre d'une personne qui a introduit une plainte en raison d'une violation des lois, la possibilité de réclamer une indemnisation de son préjudice en application du droit de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle, le paiement d'une astreinte, l'introduction d'une action en cessation instruite « selon les formes du référé » (une telle action peut également être introduite par le ministère public), le déplacement de la charge de la preuve.

309 La possibilité de prévoir une intervention pénale dans certains cas déterminés était également inscrite dans la Convention du 7 mars 1966 des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (article 4 de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ratifiée par la loi du 9 juillet 1975, *Moniteur belge* du 11 décembre 1975)) et elle s'inscrit dans le prolongement d'autres normes et sources internationales plus récentes, contraignantes ou non (voir notamment : (1) le Protocole additionnel du 28 janvier 2003 à la Convention du 23 novembre 2001 du Conseil de l'Europe (Belgrade) sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (qui n'a pas encore été ratifié par la Belgique) ; (2) la Résolution 1805(2007) du Parlement européen ; (3) la Décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil européen du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ; (4) les recommandations faites à notre pays par l'ECRI (5^e cycle de *monitoring* de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance créée par le Conseil de l'Europe), publiées le 25 février 2014).

310 J. VRIELINK, *Van haat gesproken ? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, op. Cit., n° 350.

311 C.const., 12 février 2009, 17/2009, par. B.66 e.s. ; voir également C.const., 28 janvier 2015, 9/2015, B.24 à B.26, arrêt dans lequel la Cour examine, entre autres, l'infraction terroriste visée à l'article 140bis du Code pénal (le fait de diffuser ou de mettre à la disposition du public un message, avec l'intention d'inciter (...) à la commission (...)), à la lumière notamment de la liberté d'expression. La Cour a considéré que cette limitation à la liberté d'expression est également nécessaire dans une société démocratique.

un effet éducatif et préventif et que la recherche de cet effet, par définition non mesurable objectivement, peut en principe justifier l'adoption de sanctions de nature pénale³¹².

352. Il appartient au ministère public de rechercher et de poursuivre les infractions visées dans les législations relatives à la lutte contre les discriminations. Les magistrats des parquets, des parquets généraux, du parquet fédéral, des auditorats du travail et des auditorats généraux relèvent du ministère public. Depuis l'entrée en vigueur de l'article 143^{quater} du Code judiciaire, la politique criminelle du ministère public est définie par le biais de directives émanant du ministre de la Justice et ce, après que le ministre a pris l'avis du Collège des procureurs généraux. Les directives ainsi édictées sont contraignantes pour tous les membres du ministère public³¹³. À la suite de la dernière réforme de l'État, les Communautés et les Régions ont également été associées à la définition de la politique criminelle³¹⁴.

353. Le Plan national de sécurité 2016-2019 cite actuellement la « radicalisation », l'« extrémisme violent » et la « discrimination » parmi les phénomènes de sécurité sur lesquels la Justice et la police doivent se focaliser au cours des quatre prochaines années.

354. La circulaire commune 13/2013 du ministre de la Justice, du ministre de l'Intérieur et du Collège des procureurs généraux du 21 juin 2013 est décisive pour l'action des membres du ministère public et des services de police en matière d'infractions pénales aux législations relatives à la lutte contre les discriminations³¹⁵.

355. Cette circulaire COL 13/2013 visait à mettre en place une approche uniforme en matière de recherche et de poursuite des infractions visées. Elle fixe les objectifs suivants :

- l'identification et l'enregistrement plus efficaces des faits de discrimination et des délits de haine ;
- la sensibilisation des magistrats du ministère public, de la police et des services d'inspection sociale concernés à la problématique et à la législation actuelle ;
- une orientation plus efficace pour les magistrats et les fonctionnaires de police ;
- une attention particulière portée à la recherche des infractions commises par le biais d'internet.

312 C.const, 25 mai 2016, 72/2016, B.22.2.

313 Loi du 25 avril 2007 modifiant le Code judiciaire, notamment les dispositions relatives au personnel judiciaire de niveau A, aux greffiers et aux secrétaires ainsi que les dispositions relatives à l'organisation judiciaire (*M.B.*, 1^{er} juin 2007). L'article 143^{quater} du Code judiciaire doit toutefois être lu conjointement avec l'article 28^{ter}, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle, qui dispose qu'il appartient au procureur du Roi de définir les priorités de la politique de recherche au sein de son arrondissement.

314 Loi du 12 mai 2014 portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la politique criminelle et à la politique de sécurité (*M.B.*, 17 juin 2014). Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014. L'accord contient *grosso modo* les principes de coopération concernant : (1) la politique de poursuite du ministère public et l'élaboration de directives de politique criminelle, (2) la formalisation de la représentation des entités fédérées au sein du Collège des procureurs généraux, (3) la Note-cadre sur la sécurité intégrale et le Plan national de sécurité.

315 Cette circulaire circonstanciée est intitulée : « Circulaire relative à la politique de recherche et de poursuite en matière de discriminations et de délits de haine (en ce compris les discriminations fondées sur le sexe) ». Avant l'entrée en vigueur de la circulaire COL 13/2013, il existait déjà au sein du ministère public des instructions fédérales ou de ressort concernant l'approche pénale du racisme, de la xénophobie et des discriminations.

356. La circulaire COL 13/2013 prévoit également l'amélioration de la coopération entre la police, la magistrature, UNIA et l'I.E.F.H., notamment sur le plan de la circulation des informations (par exemple, la transmission des jugements, des arrêts et des données statistiques), ainsi que l'organisation de formations à l'attention des magistrats et des services de police et d'inspection.

357. La circulaire prévoit une structure organisationnelle claire au sein du ministère public.

- C'est ainsi qu'un *magistrat coordinateur fédéral* est désigné au sein du Collège des procureurs généraux. La mission précise de ce coordinateur est définie dans la circulaire.
- Ensuite, chaque procureur général doit désigner au sein de son corps un *magistrat de référence* chargé du suivi et de la coordination de la politique criminelle en la matière au niveau de son ressort. La circulaire précise ce que l'on attend de ce magistrat.
- Enfin, la circulaire prévoit aussi obligatoirement la désignation d'un *magistrat de référence* au niveau des parquets et des auditorats. De nouveau, une description précise des fonctions de ces magistrats est fournie. Ainsi, ils joueront en premier lieu un rôle de coordination et d'appui au sein de leur parquet ou auditorat. Ces magistrats feront également office de premiers interlocuteurs pour la police, l'inspection sociale, les Maisons de justice, UNIA ou l'I.E.F.H. Si ces magistrats de référence de première ligne ne traitent pas eux-mêmes les dossiers relatifs aux discriminations et aux délits de haine, ils sont en tout cas responsables de la coordination du traitement de ces dossiers. Au sein de leur parquet ou auditorat, ils sont chargés de faire respecter les objectifs fixés dans la circulaire.
- Les procureurs du Roi et les auditeurs du travail sont censés développer une politique criminelle en matière de discriminations et de délits de haine qui soit axée sur les problèmes spécifiques qui se posent en la matière dans leur ressort.

358. La COL 13/2013 prévoit la désignation de personnes de référence non seulement au sein du ministère public, mais aussi obligatoirement au niveau de la police fédérale et de la police locale. Ces fonctionnaires de référence auprès des services de police sont les interlocuteurs privilégiés des magistrats du ministère public. Au sein de leur organisation, ils jouent un rôle de coordination et de sensibilisation en ce qui concerne cette matière et cette législation.

359. En outre, on précisera que la circulaire définit des procédures de travail concernant la rédaction et l'enregistrement des procès-verbaux, l'accueil et la prise en charge des victimes ; ainsi que le traitement ultérieur des dossiers pénaux par le ministère public.

360. Selon la directive, l'orientation finale qui doit être donnée au dossier (citation devant le juge pénal, médiation pénale, transaction, probation prétorienne, classement sans suite, médiation réparatrice ou, le cas échéant, transmission aux autorités administratives, ...) doit être déterminée en fonction des données propres à chaque cas. La circulaire souligne que les automatismes sont à proscrire. Un classement sans suite pour motifs d'opportunité doit être évité, à moins que le magistrat ait au préalable rappelé à l'ordre l'auteur des faits au sujet de son comportement.

Section 2. Évaluation par la Commission

361. La Commission se félicite de l'élaboration de la COL 13/2013. Aux yeux de la Commission, il s'agit d'un instrument adéquat pour une politique criminelle volontariste. En tant qu'instrument de management, la circulaire répond aux attentes fixées et fournit les outils adéquats pour lutter de manière efficace et efficiente contre les discriminations.

362. La Commission tient toutefois à souligner un certain nombre de problèmes. Certaines remarques concernent tous les acteurs de la politique criminelle. D'autres remarques se focalisent sur le ministère public ou les services de police.

A. Évaluation générale de la COL 13/2013

363. La Commission constate que, d'une manière générale, les acteurs concernés ont une opinion positive de la circulaire COL 13/2013. Il convient de préciser que le mérite principal de la circulaire est d'identifier, pour chaque acteur judiciaire, les tâches qui lui incombent. Il a été souligné à raison que la justice et la police doivent appréhender de concert le problème des discriminations³¹⁶.

364. La Commission constate cependant que, dans la pratique, les objectifs fixés ne sont pas réalisés partout.

1. L'élaboration d'une politique criminelle par les procureurs du Roi et les auditeurs du travail

365. La Commission constate tout d'abord que jusqu'à présent, les procureurs du Roi et les auditeurs du travail se sont à peine attelés à la mise au point d'une politique criminelle en matière de discrimination et de délits de haine adaptée à leur ressort. Elle constate aussi que peu de chefs de corps ont intégré la lutte contre le racisme et la discrimination dans leur plan stratégique personnel et/ou dans le plan stratégique du parquet. La circulaire prévoit pourtant une politique adaptée et développée en la matière.

366. En dépit des initiatives prises jusqu'à présent par le Collège des procureurs généraux et le magistrat coordinateur, il s'avère que les chefs de corps des parquets et des auditorats ne sont pas tous réceptifs à cette sensibilisation. La Commission comprend qu'à l'heure actuelle, la charge de travail sur le terrain est déjà particulièrement importante en ce qui concerne la recherche et la poursuite d'autres phénomènes prioritaires, et ce, au sein de corps généralement confrontés à un grande pénurie de personnel.

367. La Commission insiste néanmoins pour que les chefs de corps développent une politique en matière de discrimination et de délits de haine adaptée à leur ressort. Ainsi qu'il a été indiqué ci-avant, la lutte contre la discrimination est en effet reconnue explicitement comme phénomène de sécurité au cours des quatre années à venir dans le Plan national de sécurité 2016-2019. La lutte contre la discrimination constitue donc – en tout cas sur papier – une priorité pour le gouvernement, la police et le parquet. La Commission s'attendrait dès lors à ce que des moyens soient mis à disposition et que le phénomène discriminatoire soit

316 Voir notamment le Rapport annuel 2014 du Centre interfédéral pour l'Égalité des chances, pp. 47-48 ; UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, pp. 26-30.

parfaitement intégré dans les plans stratégiques des parquets et les plans zonaux de sécurité. En réalité, cela s'avère encore être trop peu le cas pour l'instant.

2. La désignation et le fonctionnement des magistrats de référence

368. La COL 13/2013 oblige les chefs de corps à désigner un *magistrat de référence* au niveau des parquets et des auditorats. Dans un nombre limité d'arrondissements, il s'avère cependant qu'aucun magistrat de référence n'a encore été désigné au sein des auditorats du travail et des parquets.

369. La Commission regrette que plus de trois ans après l'entrée en vigueur de la COL 13/2013, il y ait encore des corps qui ne disposent pas d'un magistrat de référence. On ne peut en effet sous-estimer le rôle joué par les magistrats de référence du ministère public dans la lutte quotidienne, concrète contre la discrimination et les délits de haine. La COL 13/2013 leur confie, au travers des différents échelons du ministère public, le rôle de moteur dans la politique de recherche et de poursuite. L'absence ou le mauvais fonctionnement de ces magistrats de référence est par conséquent néfaste pour l'ensemble de la chaîne, de l'identification et de l'enregistrement (correct) des faits au traitement qualitatif des dossiers pénaux en passant par leur suivi.

370. Le constat qu'il y a encore des corps qui ne disposent pas de magistrats de référence pourrait indiquer que le Collège des procureurs généraux a trop peu de moyens efficaces pour inciter les chefs de corps locaux à respecter l'obligation (sans doute) la plus essentielle de la circulaire. La Commission estime dès lors que les bons résultats et initiatives que l'on voit çà et là sur le terrain aujourd'hui, sont davantage le mérite de dossiers individus et/ou de magistrats de référence et/ou de leurs chefs de corps que le résultat d'une approche aboutie de l'ensemble d'une organisation.

371. Là où des magistrats de référence sont désignés, il apparaît en général qu'ils font preuve d'engagement et de professionnalisme dans l'exécution de leur travail : ils sensibilisent au sein de leur groupe professionnel et au sein de la police, élaborent des apostilles types, se concertent avec leurs collègues, etc.³¹⁷ Il est également positif que des formations soient organisées de façon structurelle à l'intention des magistrats. Des formations sont ainsi proposées notamment par UNIA et par l'Institut de formation judiciaire (I.F.J.)³¹⁸, en collaboration ou non avec des magistrats du ministère public.

372. Idéalement, selon la Commission, les magistrats de référence devraient traiter eux-mêmes les dossiers. L'expérience montre toutefois que cela ne se passe pas ainsi partout. Dans les corps où ce n'est pas le cas, on constate que le magistrat de référence se concerta

317 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, pp. 28 et 29.

318 En étroite collaboration avec le ministère public et des collaborateurs d'UNIA et/ou de l'I.E.F.H., l'I.F.J. organise aujourd'hui les formations suivantes :

- « Lutte contre les discriminations » : une formation de 4 demi-journées qui est obligatoire pour les stagiaires judiciaires de première et deuxième année, soit les candidats magistrats ; au cours de cette formation de base, des précisions sont également données à propos de la COL 13/2013 ;
- Une formation spécialisée dans la lutte contre les discriminations et les délits de haine : une formation de deux demi-journées, généralement destinée aux magistrats de référence, qui leur donne l'occasion d'échanger leurs expériences professionnelles.

encore bien trop peu avec son collègue titulaire de l'affaire. De même, la concertation structurelle avec les services de police ne serait pas partout au point³¹⁹.

3. La désignation et le fonctionnement des fonctionnaires de référence au sein de la police

373. La Commission constate que l'application concrète de la COL 13/2013 au sein de la police offre un tableau mitigé.

374. En premier lieu, on observe qu'il n'existe pas encore de profil de fonction général pour les fonctionnaires de référence³²⁰. Des fonctionnaires de référence ont pourtant été désignés au sein de la police fédérale. Dans les zones de police locale, la Commission constate qu'une part importante des corps restent toujours en défaut de respecter cette obligation, alors qu'il y a des zones (de grandes taille) qui s'engagent avec beaucoup de professionnalisme et de rigueur dans la lutte contre les discriminations et les délits de haine.

375. Dans ces dernières zones, on trouve des fonctionnaires de référence qui exécutent leurs tâches avec beaucoup d'application. Ils élaborent des questionnaires types et d'autres *checklists* qui peuvent être utilisés par les services d'intervention, ils prennent ou soutiennent des initiatives afin d'accroître la propension des victimes à dénoncer les faits et ils entretiennent des contacts avec les autres fonctionnaires de référence et les services d'intervention sur le terrain. S'agissant de ce dernier point, des améliorations sont toutefois encore possibles³²¹.

376. À l'instar de ce qui se fait pour les magistrats, des formations sont également organisées pour les services de police. Celles-ci sont organisées par l'école fédérale et les campus déconcentrés, en collaboration avec UNIA et/ou les fonctionnaires de référence locaux et/ou les magistrats de référence.

377. De façon générale, la Commission constate que le transfert de connaissances et la lutte contre les discriminations et les délits de haine au niveau de la police locale sont encore bien trop tributaires de l'engagement individuel ou non du fonctionnaire de référence, de son chef de corps ou du bourgmestre. Là où le chef de corps et le bourgmestre veulent développer une politique en matière de diversité et de lutte contre les discriminations, on investira plus facilement dans l'application de la COL 13/2013. Tel n'est cependant pas le cas partout.

378. Le constat qu'aucun fonctionnaire de référence n'a encore été désigné dans un grand nombre de zones de police et que les plans zonaux de sécurité consacrent globalement trop peu d'attention aux discriminations, alors même que le Plan national de sécurité met pourtant explicitement en avant la lutte contre les discriminations comme un phénomène de sécurité, soulève des interrogations quant à la façon dont les plans zonaux de sécurité sont élaborés aujourd'hui dans la pratique³²². La Commission souhaite poursuivre l'examen de ce point.

319 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 29.

320 *Idem*, p. 26.

321 *Idem*.

322 Cf. les articles 36 et 37 de la loi du 7 décembre 1998 sur la police intégrée.

B. L'intervention des services de police

379. La circulaire 13/2013 prévoit que la police dresse un procès-verbal à chaque indication ou constatation de faits de discrimination et de délits de haine, même si elle estime qu'il n'y a pas d'infraction. En effet, il n'appartient pas à la police mais bien au procureur du Roi ou à l'auditeur du travail d'apprécier s'il y a ou non infraction³²³.

380. En ce qui concerne le procès-verbal qui doit être dressé, la circulaire impose des exigences élevées. Elle prévoit que cette pièce doit être rédigée de manière particulièrement détaillée. L'enquête sera axée sur la motivation du comportement incriminé. Des auditions circonstanciées de la victime, du suspect et des témoins éventuels doivent être réalisées. Toutes les preuves utiles doivent être rassemblées.

1. Analyse quantitative

381. La Commission constate que le nombre de procès-verbaux transmis aux parquets et aux auditorats est limité en pratique. Il résulte de ce faible nombre de dossiers que peu de personnes au sein de la police ou du parquet (et finalement aussi du siège) ont l'occasion de se spécialiser dans cette matière, ce qui peut à son tour avoir pour effet que peu de personnes sont incitées à s'intéresser au sujet.

382. Le nombre limité de procès-verbaux peut s'expliquer par plusieurs facteurs. C'est ainsi qu'il est possible que le seuil à franchir pour porter plainte à la police soit encore trop élevé. Certaines victimes pensent encore, manifestement, que la police ne donnera pas suite à leur plainte.³²⁴ Une autre raison du faible nombre de plaintes ou de constats de police pourrait toutefois également résider dans la connaissance insuffisante de la législation applicable ou – pire encore – dans la non-reconnaissance des (formes de) discriminations par le fonctionnaire de police. La circulaire est toutefois claire : un procès-verbal doit être dressé « à chaque indication ou constatation de faits de discrimination et de délits de haine ». La Commission souligne le rôle crucial des fonctionnaires de référence au sein de la police. Des initiatives (plus nombreuses) doivent être prises au sein des corps respectifs et en collaboration avec les autorités administratives et/ou judiciaires locales, afin, d'une part, de faciliter l'accès des citoyens aux bureaux de police et, d'autre part, de sensibiliser les policiers à l'intérêt social et à la législation en matière de discriminations. Offrir des formations solides et mettre l'accent sur la sensibilisation sont des priorités durables.

2. Analyse qualitative

384. En ce qui concerne la qualité des procès-verbaux dressés, la Commission constate que ceux-ci ne répondent pas toujours aux exigences élevées que fixe la circulaire.

385. Les manquements les plus fréquents sont les suivants : la retranscription trop concise des faits concrets et des préalables, ainsi que l'audition non circonstanciée des parties impliquées et des témoins. Les agents « n'interrogent pas suffisamment » ou s'attardent trop peu sur les éléments constitutifs de l'infraction faisant l'objet de l'enquête.

323 COL 13/2013, 13.

324 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 26.

386. Les listes de questions standard, les relevés de devoirs d'enquête qui peuvent être réalisés et autres checklists qui circulent au sein des corps de police sont toutefois des instruments utiles, mais qui sont manifestement trop peu consultés.

387. Bien que la rédaction d'un « procès-verbal simplifié » voire d'un simple rapport d'information soit absolument contraire aux dispositions de la COL 13/2013, la Commission constate que cette pratique subsiste néanmoins³²⁵.

388. La Commission a également constaté que le flou règne concernant la méthode à suivre en cas d'enquête sur des discriminations ou des délits de haine, et plus particulièrement concernant la question de savoir si ces faits doivent être traités par le biais d'un « procès-verbal classique » ou bien par le biais de l' « enquête policière d'office » (E.P.O.).

389. Selon la circulaire COL 8/2005³²⁶, les faits punissables qui, suite à des directives de politique criminelle, requièrent une direction instantanée par un magistrat, sont exclus de la procédure E.P.O. Sur cette base, le Collège des procureurs généraux estime qu'il est préférable de procéder par le biais d'un procès-verbal classique. Cet avis n'est toutefois pas partagé par le conseil des procureurs du Roi, qui s'inquiète de l'afflux de procès-verbaux.

390. La Commission insiste pour que cette question soit rapidement clarifiée. Il convient de privilégier une procédure qui garantit qu'une enquête de qualité sera menée dans les délais les plus brefs possibles, de manière à ce qu'une décision puisse être prise rapidement par un magistrat³²⁷. À cet égard, la Commission a appris que les dossiers E.P.O. ne seraient pas toujours traités correctement par la police, ce qui aboutit à rendre nécessaire des devoirs complémentaires d'audition, souvent sans aucun résultat positif en raison du temps écoulé, les dossiers devant ensuite être classés sans suite faute de preuves.

3. Procédure d'enregistrement

391. Enfin, la Commission demande qu'une attention soit accordée à la procédure d'enregistrement. La COL 13/2013 décrit la procédure d'enregistrement de manière détaillée³²⁸. Néanmoins, la pratique montre que certains faits ne sont pas enregistrés correctement.

325 La COL 8/2005 relative à l'enquête policière d'office (E.P.O.) et au procès-verbal simplifié (P.V.S.) définit le procès-verbal simplifié (P.V.S.) comme : « l'enregistrement sur support informatique des principaux éléments matériels d'infractions dont la gravité est relativement peu importante ». Une liste limitative des faits qui entrent en ligne de compte pour un P.V.S. est établie. Les P.V.S. ne sont, en principe, pas transmis au procureur du Roi mais ils sont conservés sur support électronique par le service de police. Avant le 7^e jour de chaque mois, les services de police adressent au parquet un relevé des P.V.S. établis au cours du mois précédent.

326 La COL 8/2005 définit l'E.P.O. comme « le traitement policier de dossiers dans la phase de l'information « réactive », au cours duquel les services de police travaillent, d'initiative, mais sous une forme particulièrement réglementée de surveillance par le ministère public et au cours duquel des faits punissables bien déterminés font l'objet d'une enquête effectuée sous la conduite d'un fonctionnaire de police expérimenté et dirigeant, désigné à cette fin sans que, dans ce cadre, des instructions spécifiques, liées aux dossiers, doivent être attendues. Le magistrat de parquet prend alors une décision finale sur le dossier complet, après en avoir confronté le contenu à un certain nombre de critères (...) ».

327 Voir à ce sujet UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 26.

328 COL 13/2013, pp. 24 et s.

392. L'enregistrement est inexact ou incomplet pour des raisons soit techniques, soit organisationnelles. C'est ainsi que l'on se contente encore trop souvent de n'enregistrer que l'infraction la plus grave et pas la dimension discriminatoire. Les dossiers traités à l'auditorat du travail ne sont pas repris dans les statistiques et ce, principalement pour des raisons logistiques.

393. La Commission insiste sur la nécessité d'un enregistrement correct : des statistiques fiables sont essentielles pour pouvoir développer une politique étayée et une approche précise.

C. L'intervention du ministère public

394. La Commission s'est intéressée à la politique de classement sans suite menée par le ministère public, ainsi qu'à la question de l'approche différenciée des faits pénaux.

1. La politique de classement sans suite du ministère public

395. La COL13/2013 prévoit que lorsqu'il est confronté à des faits punis par la loi pénale, le ministère public opère un choix parmi différentes réactions possibles. Ce choix doit être adapté aux circonstances particulières de la cause. La COL 13/2013 exclut en principe le classement sans suite pour motifs d'opportunité, sauf en cas de rappel de la norme par le magistrat du parquet (ou le magistrat près l'auditorat du travail) à l'intention de l'auteur des faits.

396. Il ressort néanmoins des statistiques auxquelles la Commission a pu avoir accès que le classement sans suite est encore fréquent dans les dossiers répressifs ayant trait à la législation relative à la lutte contre les discriminations. Les analystes statistiques du parquet général de Liège, qui est en charge de cette matière, ont constaté début 2015 qu'en moyenne, 65,09% des dossiers répressifs impliquant des suspects majeurs qui avaient été transmis aux parquets belges durant les années 2013 et 2014 avaient été classés sans suite³²⁹, ce qui est un pourcentage incontestablement élevé.

397. La Commission est toutefois bien consciente du fait qu'il existe différentes formes de classement sans suite. Les motifs invoqués sont divers. Un classement sans suite de nature technique peut indiquer qu'il n'y a pas d'infraction ou que les preuves sont insuffisantes. Un classement sans suite d'opportunité peut s'expliquer par des motifs propres à la nature des faits, à la personne de l'auteur ou encore à la politique menée. La décision de classer sans suite peut également être liée à l'extinction de l'action publique à la suite de l'intervention du ministère public ou conformément aux directives de celui-ci. Elle peut enfin résulter du choix de réagir d'une autre façon (signalement de l'auteur, probation prétorienne, règlement du dossier par le biais d'une amende administrative ou d'une amende SAC, réussite d'une médiation réparatrice)³³⁰.

329 Sous réserve des considérations méthodologiques exprimées par les analystes statistiques. Analyse du 20 janvier 2015.

330 Voir la circulaire 16/2014 (version modifiée du 6 octobre 2016), qui est l'addendum VI à la circulaire COL 12/98. Il est important de souligner qu'un classement sans suite est une décision temporaire qui peut être révoquée selon les circonstances, l'action publique pouvant être relancée par la suite (sauf motifs juridico-techniques). (voir R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, Maklu, Anvers-Apeldoorn, 2012, n° 65).

398. Une analyse statistique plus approfondie révèle que 67,49% environ des dossiers classés sans suite l'ont été pour motifs techniques, principalement parce que le magistrat estimait que le fait en question n'était pas constitutif d'infraction (12,85%) ou que la supposée infraction n'était pas avérée (43,89%).

399. On constate que 28,48% des infractions rapportées aux parquets en 2013 et 2014 ont donné lieu à un classement sans suite pour motifs d'opportunité. La Commission souligne toutefois que dans la plupart des cas, cette décision est prise non pas parce que les parquets ne souhaitent ou ne peuvent pas, en raison de leur politique criminelle, accorder davantage d'attention à ces faits, mais bien pour des « motifs propres à la personne de l'auteur »³³¹. On retrouve dans cette catégorie les motifs qui tiennent au contexte social. Le classement sans suite fondé sur des raisons liées à la politique criminelle concerne seulement 5,73% des dossiers.

400. À première vue, ce chiffre de 5,73% ne semble pas répondre aux ambitions de la COL 13/2013. La Commission tient toutefois à souligner que ce pourcentage (plutôt faible) est peut-être également lié à la problématique relative aux délits de presse³³².

401. La Commission est également préoccupée par le pourcentage élevé de classements de nature technique (67,49%), qui pourrait notamment s'expliquer par la complexité de la législation. Elle cite ainsi l'exemple de l'« incitation à la haine ou à la violence », infraction visée à l'article 20, 1°, de la loi anti-racisme, à l'article 22, 1°, de la loi anti-discrimination et à l'article 27, 1°, de la loi genre. La charge de la preuve incombant au ministère public est particulièrement lourde en l'espèce. En effet, celui-ci doit prouver que l'auteur voulait sciemment inciter à la haine (élément moral et « intention » y afférente). Ce n'est pas tant l'opinion communiquée que l'acte posé par cette déclaration qui importe en l'espèce (c'est ce qu'on appelle la « dimension performative »).

402. La Commission estime qu'il convient d'examiner de manière plus approfondie la politique de classement sans suite menée par le ministère public à l'égard des infractions aux lois anti-discrimination. Il conviendrait en tout état de cause de vérifier si les classements de nature technique sont dus à la législation elle-même ou à d'autres facteurs tels que, par exemple, une coopération défailante entre différents acteurs, une connaissance insuffisante de la législation ou des enquêtes de mauvaise qualité.

2. Une approche différenciée des faits pénaux

403. La circulaire COL 13/2013 prévoit la possibilité de choisir parmi toute une série de réponses sociétales lorsqu'on est confronté à un fait pénal³³³.

331 Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, le formulaire de classement sans suite utilisé par les magistrats du parquet prévoit de nombreux motifs de classement. On peut notamment citer le classement sans suite pour motifs d'opportunité, qui se divise à son tour en plusieurs catégories, dont l'une est le classement en raison de motifs propres à la personne de l'auteur. Cette catégorie comporte, quant à elle, les sous-catégories suivantes : (1) absence d'antécédents, (2) faits occasionnels découlant de circonstances spécifiques, (3) jeunesse de l'auteur, (4) conséquences disproportionnées des poursuites pénales - trouble social, (5) comportement de la victime, (6) indemnisation de la victime.

332 Voir *infra*, D. Cas particulier du délit commis par la voie de la presse, §§ 416 et s.

333 COL 13/2013, 15-16. Ces possibilités ont encore été étendues dans l'intervalle par de récentes initiatives législatives.

404. La circulaire souligne ensuite que la réaction du ministère public « doit être adaptée à chaque cas spécifique », sans tomber dans les automatismes et en tenant compte de la personnalité de l'auteur et de la victime. Un classement sans suite fondé sur des « motifs propres à la personne de l'auteur » pourrait donc aussi constituer une décision adéquate, en fonction du cas concret³³⁴. La circulaire préconise dès lors une « *approche différenciée* », tout comme le faisait déjà le plan global de politique et de gestion rédigé par le ministère public en 2007 à la suite d'un premier cycle politique³³⁵.

405. Mais pour pouvoir adopter une approche différenciée et trouver une réponse adéquate à l'infraction commise, il faut savoir à quel type d'auteurs on a affaire. Ainsi, des études ont montré que les auteurs de délits de haine, par exemple, peuvent être divisés en plusieurs catégories.

406. Il ressort ainsi de l'étude de Vrieling que l'on peut distinguer trois catégories d'auteurs : les « auteurs par conviction », les « instrumentalistes ou activistes » et les « incidentalistes »³³⁶. Le premier groupe viole les dispositions légales « par conviction ». Il s'agit souvent de personnes inspirées par l'idéologie nazie ou par l'extrémisme religieux. Ce groupe plutôt restreint va enfreindre sciemment (et souvent largement) la loi. Le deuxième groupe, les « instrumentalistes ou activistes », enfreignent eux aussi la loi à dessein. Ils le font toutefois de manière plus calculée, en surfant par leurs déclarations sur le fil de la légalité, pour ensuite mettre une plainte éventuelle à leur encontre au service de leurs propres objectifs (souvent politiques). En général, ils veulent provoquer et choquer. Les deux groupes adoptent une attitude particulièrement positive à l'égard de leurs poursuites, notamment en raison de l'attention que l'incident leur procure de la part des médias. Enfin, le troisième groupe, les « incidentalistes », est le plus nombreux. Il s'agit de personnes dont les déclarations sont souvent uniques, comme par exemple les gens qui ont envoyé un courriel contenant une « blague » ou des paroles de chanson, ou des personnes qui se sont laissés aller verbalement au cours d'une dispute³³⁷.

407. Il convient de continuer à affiner la politique pénale, en gardant cette étude à l'esprit. La réponse pénale doit en effet être différente selon que l'auteur fait partie du premier, du deuxième ou du troisième groupe. La procédure classique devant le juge pénal n'a ainsi de sens que pour les « auteurs par conviction » et pour les « instrumentalistes/activistes », alors qu'elle semble moins pertinente pour les « incidentalistes ». Pour ce dernier groupe, si une procédure judiciaire peut s'avérer dissuasive, la dissuasion peut à son tour se transformer en autocensure. Qui plus est, les victimes ne semblent généralement pas favorables à une procédure judiciaire classique ni à une sanction sous la forme d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende classiques³³⁸.

334 Ces classements représentaient 28,48% au cours de la période 2013-2014.

335 Plan de politique et de gestion du ministère public, 21 juin 2007, p. 2.

336 J. VRIELINK, *Van haat gesproken ? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, op. cit., nr. 766 ev.

337 J. Vrieling distingue également deux types de plaignants, selon que celui-ci a ou non déjà eu affaire, directement et personnellement, à des incidents liés à des propos haineux.

338 J. VRIELINK, *Van haat gesproken ? Een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, op. cit., n° 684 et s.

408. La Commission estime qu'il convient de poursuivre ces recherches, dans d'autres domaines, en vue d'affiner la politique criminelle. Il est certain que, pour de nombreux auteurs, la médiation ou le dialogue sont préférables à la procédure judiciaire classique. Dans le passé, plusieurs acteurs ont déjà préconisé le recours à des mesures alternatives telles que la médiation³³⁹. La médiation pénale offre de nombreux avantages. Elle permet au ministère public de réagir rapidement. L'article 216ter du Code d'Instruction criminelle semble également être un outil particulièrement utile pour promouvoir à la fois le « rôle éducatif » du droit pénal et une intervention réparatrice à l'égard de la victime. De plus, l'auteur peut se voir imposer, outre le paiement d'une indemnisation, des conditions supplémentaires (adaptées aux faits ou à leur auteur), par exemple l'obligation de suivre une thérapie ou un traitement médical (d'une durée maximale de 6 mois), l'obligation d'exécuter un travail d'intérêt général ou l'obligation de suivre une formation ou un cours (d'une durée maximale de 120 heures)³⁴⁰. L'action publique s'éteint lorsque l'auteur remplit toutes les conditions qu'il a acceptées et qui font l'objet d'une convention.

409. La Commission constate toutefois que la procédure de médiation pénale actuellement prévue par l'article 216ter du Code d'Instruction criminelle est peu appliquée³⁴¹. Les raisons sont sans doute multiples. Premièrement, il convient de poser la question de savoir si les assistants de justice, qui jouent un rôle important à cet égard, disposent de moyens suffisants pour exécuter leurs missions comme il se doit. En outre, il est frappant de constater que, pour les auteurs de tels faits, abstraction faite de quelques initiatives limitées, il n'existe pas encore, dans notre pays, de processus d'apprentissage structurel et de programmes de formation qui prennent pleinement en compte la spécificité des crimes motivés par la haine et le profil de leurs auteurs³⁴². Un autre inconvénient majeur est que cette procédure volontaire n'est ouverte qu'aux auteurs qui avouent les faits qui leur sont reprochés, ce qui n'est pas toujours évident lorsqu'il s'agit d'infractions aux lois contre la discrimination.

410. De plus, la pratique nous apprend également que la médiation pénale n'est pas toujours un succès sur le plan de la participation des victimes. Il n'est tout d'abord pas toujours possible d'identifier les victimes. En effet, comment individualiser les victimes lorsque des groupes entiers de la population ou une communauté religieuse sont visés ? Par ailleurs, il convient également de ne pas surestimer la participation des victimes individuelles, car, dans la majorité des dossiers, elles ne peuvent/veulent/souhaitent participer que dans une mesure limitée à la procédure. Les victimes n'ont également pas voix au chapitre en ce qui concerne la définition des conditions et n'ont aucune idée de la manière dont ces dernières sont appliquées. Même si, théoriquement, il pourrait en être autrement, les modalités de

339 Ces mesures pourraient éventuellement aussi être imposées par le juge du fond au travers de conditions de probation (autonomes). Voir également, à ce sujet, l'étude intitulée « Naar alternatieve maatregelen in de strijd tegen discriminatie en haatmisdrijven », réalisée par la KUL et le LINC à la demande du Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme, septembre 2012, ainsi que les problèmes pratiques, décrits dans cette étude, posés par le traitement alternatif.

340 Pour les mineurs, la loi relative à la protection de la jeunesse (art. 37, § 2, 4° et 37, § 2bis, 3°) prévoit la possibilité que le juge de la jeunesse impose un travail d'intérêt général ou une formation (art. 37, § 2, 6° et 37, § 2bis, 5°). La loi relative à la protection de la jeunesse permet d'y associer une médiation réparatrice ou une concertation restauratrice en groupe (art. 37bis, 37quater, 45quater, 52quinquies).

341 UNIA, *Rapport d'évaluation*, op. cit., p. 28.

342 Dans le cadre de sa contribution à la *Vlaamse Vredesweek 2014*, l'actuel centre UNIA a mentionné deux projets pilotes qu'elle a mis en place à cette fin. Voir l'article intitulé « De impact van alternatieve maatregelen bij haatdelicten : een bijdrage voor de Vlaamse Vredeweek » sur le site www.diversiteit.be et dans le Rapport annuel 2014 d'UNIA, p. 45.

l'indemnisation sont souvent fixées par le biais d'un dialogue indirect entre l'auteur des faits et la victime³⁴³. Cette forme limitée de participation suffit à certaines victimes, mais en frustre indubitablement d'autres.

411. Nonobstant ces réserves et ces problèmes pratiques, la Commission estime que le ministère public doit, en collaboration avec ses partenaires (UNIA, l'I.E.F.H. et les Maisons de justice), poser les jalons de la médiation pénale en matière de discrimination et de délits de haine afin de prévoir un éventail de solutions structurelles et adéquates. Selon la Commission, le groupe de travail « discrimination » créé par le réseau d'expertise « infractions contre les personnes » au sein du Collège des procureurs-généraux pourra sans aucun doute jouer un rôle de premier plan à cet égard.

412. La Commission estime que ces experts doivent en premier lieu examiner la manière dont la médiation pénale peut être appliquée aux incidentalistes majeurs. À cet égard, toute l'attention nécessaire doit être accordée à l'élaboration de parcours d'apprentissage et/ou de prestations de services qui soient adaptés aux infractions spécifiques en matière de discrimination et à leurs auteurs. Il convient également d'examiner plus avant la possibilité d'instaurer un dialogue entre la victime et l'auteur des faits dans le cadre d'une procédure de médiation de ce type. Les conclusions de ce groupe de travail seront examinées en détail par la Commission au cours de la deuxième phase de ses travaux.

413. La Commission constate de même que l'on recourt peu à la transaction pénale classique (article 216*bis*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle) en cas de discrimination ou de délits de haine. Cette forme de sanction n'offrant cependant, en ce qui concerne les infractions aux lois anti-discrimination, guère de possibilités de s'attaquer à la motivation profonde de l'auteur, elle semble moins indiquée en l'occurrence³⁴⁴. Ce qui vaut pour la transaction pénale vaut également, par extension, pour les SAC (sanctions administratives communales)³⁴⁵.

414. Dans certains cas, une procédure judiciaire s'impose. La Commission estime que les sanctions peuvent également être affinées dans ces cas-là. La sanction doit en effet être adaptée à la nature de l'infraction et à la nature des auteurs. Certains auteurs s'avérant immunisés contre l'effet dissuasif d'une procédure criminelle, il s'impose aussi de réfléchir à d'autres sanctions qui protègent effectivement l'état de droit démocratique. La Commission fait observer qu'en la matière, la législation pénale et les lois anti-discrimination prévoient déjà de nombreuses possibilités, allant de peines d'emprisonnement et/ou d'amendes aux confiscations d'avantages patrimoniaux en passant par la dissolution de personnes morales et, dans le cas de personnes physiques, l'éventuelle déchéance des droits civils et politiques prévue à l'article 33 du Code pénal (qui renvoie aux droits visés à l'article 31, alinéa 1^{er}, du Code pénal).

415. La Commission estime cependant que l'on peut réfléchir plus avant au renforcement d'un certain nombre de sanctions. C'est ainsi que, pour l'heure, la déchéance des droits civils et politiques prévue par la législation anti-discrimination se limite à certains droits³⁴⁶. Dès lors

343 « Naar alternatieve maatregelen in de strijd tegen discriminatie en haatmisdrijven », *op. cit.*, 18.

344 *Idem*, 17.

345 UNIA, *Rapport d'évaluation*, *op. cit.*, 51-52.

346 L'article 27 de la loi anti-racisme, l'article 25 de la loi anti-discrimination et l'article 30 de la loi genre renvoient à l'article 33 du Code pénal, qui renvoie aux droits visés à l'article 31, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

que, par leur comportement, les « auteurs par conviction » et les « instrumentalistes ou activistes » se révoltent délibérément contre la société, voire s'en excluent ou se placent au-dessus d'elle et/ou recherchent la confrontation (violente) avec elle, la Commission estime qu'il peut être recommandé d'élargir les droits visés par la déchéance. On pourrait par exemple envisager de prononcer également la déchéance du droit de vote.

D. Cas particulier du délit commis par voie de presse

416. La législation de 2007 entend combattre les discours qui contribuent à générer de la discrimination, de la haine et de la violence à raison de l'un des motifs protégés. Les trois lois de 2007 punissent de sanctions pénales le fait d'inciter, dans des conditions de publicité, à la discrimination, à la haine, à la ségrégation ou à la violence envers une personne ou un groupe sur la base de l'un des motifs protégés³⁴⁷. Lorsque le délit d'incitation à la haine, à la ségrégation ou à la violence envers un groupe protégé ou celui de diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale sont commis par voie de presse, ils constituent des délits de presse. En principe, en vertu de l'article 150 de la Constitution, ce type de délits doit être jugé par un jury d'assises. En pratique, il est apparu que la mobilisation d'une Cour d'assises pour ce type d'infractions était totalement inadéquate et que les autorités judiciaires préféraient l'éviter, conduisant à une impunité de fait. Aussi, en 1999, l'article 150 a-t-il été révisé pour y introduire une exception en faveur des délits de presse « inspirés par le racisme et la xénophobie ». Ces délits peuvent désormais être correctionnalisés. Mais cette exception est limitée aux délits de presse liés au racisme et à la xénophobie, et ce, pour une raison simple : en 1999, seuls les discours de haine *raciale ou xénophobe* étaient incriminés par la loi. Il en résulte que les délits de presse inspirés par la haine envers les groupes protégés par la loi genre et la loi anti-discrimination – par exemple, des délits de presse homophobes ou islamophobes – requièrent toujours la mise en place d'une Cour d'assises, ce qui se traduit par une impunité *de facto*.

417. Comme l'ont relevé de nombreux observateurs, cette différence de régime, qui conduit à un manque d'effectivité de l'interdiction de l'incitation à la discrimination, à la haine et à la violence envers les groupes visés par la loi genre et la loi anti-discrimination lorsqu'elle constitue un délit de presse, n'est pas cohérente. Elle crée une inégalité entre les victimes et contredit la volonté du législateur³⁴⁸.

418. La Commission est consciente que la notion de délits de presse et la règle selon laquelle leur jugement requiert un jury d'assises, font actuellement l'objet de débats qui dépassent le domaine de la législation antidiscriminatoire.

347 Art. 20 de la loi anti-racisme ; art. 22 de la loi anti-discrimination ; art. 27 de la loi genre.

348 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, pp. 82-83.

Section 3. Recommandations

A. En ce qui concerne le ministère public et les services de police

419. La Commission **recommande** l'application correcte de la COL 13/2013, ce qui implique que :

- les chefs de corps élaborent, en matière de discriminations et de délits de haine, une politique criminelle adaptée à leur ressort ;
- des magistrats de référence et des fonctionnaires de référence soient désignés dans tous les corps du ministère public et dans tous les corps de police ; le Collège des procureurs généraux doit veiller attentivement à ces désignations, par l'intermédiaire du magistrat coordinateur et des magistrats de référence des parquets généraux ;
- les magistrats de référence et les fonctionnaires de référence se recyclent régulièrement ;
- les fonctionnaires de référence établissent des questionnaires types et des *checklists* à l'intention de services de police ; ils doivent à cet égard se concerter avec leurs collègues fonctionnaires de référence et avec les agents de leur corps ;
- les magistrats de référence surveillent les délais de traitement et la qualité des enquêtes, notamment en se concertant périodiquement avec les agents et – le cas échéant – avec leurs collègues magistrats qui sont titulaires du dossier répressif ; ils doivent échanger leurs expériences sur ce plan avec leurs collègues magistrats de référence ;
- l'on poursuive les efforts au sein de la magistrature et de la police pour développer la sensibilisation, accroître la disposition des victimes à signaler les faits commis et assurer une assistance de qualité aux victimes ;
- une attention doit être accordée à la qualité du procès-verbal établi, de même qu'à son enregistrement correct des faits.

420. La Commission se propose d'examiner ou de faire examiner plus avant la politique de classement sans suite du ministère public en ce qui concerne les dossiers répressifs liés à la loi anti-racisme, à la loi anti-discrimination et à la loi genre.

421. La Commission **recommande** que le groupe de travail « discrimination », constitué au sein du réseau d'expertise « criminalité contre les personnes » du Collège des procureurs généraux, prenne l'initiative de développer, en collaboration avec UNIA, l'I.E.F.H. et les Maisons de justice, un parcours de médiation en matière pénale adapté au contexte spécifique de la discrimination et des délits de haine. Elle recommande en outre la poursuite des projets pilotes en cours, de manière à identifier les mesures complémentaires qui sont nécessaires pour rendre possible le parcours de médiation.

B. En ce qui concerne le législateur

422. La Commission **recommande** que l'on examine si la loi actuelle sur les services de police intégrés permet d'intégrer de façon effective dans les plans zonaux de sécurité les phénomènes de sécurité renseignés dans le Plan national de sécurité, en l'occurrence les discriminations. Si cela s'avère trop compliqué ou s'il apparaît que cela ne fonctionne pas dans la pratique, il conviendra d'adapter la législation. La Commission recommande par ailleurs de

libérer des moyens suffisants pour pouvoir traiter de manière efficace les phénomènes de sécurité renseignés dans le Plan national de sécurité.

423. La Commission **recommande** de réviser l'article 150 de la Constitution afin de prévoir un régime procédural identique pour tous les délits inspirés par la haine envers un groupe protégé, et, par ailleurs, de garantir l'effectivité de la sanction pour les cas autres que ceux liés au racisme ou à la xénophobie.

424. La Commission **recommande** que le Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, du 23 novembre 2001 et signé par la Belgique le 28 janvier, soit ratifié.

Chapitre 8 – Les actions positives

425. Les directives européenne permettent aux États membres, lorsque ceci est nécessaire pour assurer la « pleine égalité dans la pratique », de « maintenir ou d'adopter des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages » liés à un motif de discrimination³⁴⁹. Cette pratique a pour ambition de dépasser l'approche individuelle de la discrimination pour permettre de tenir compte de la dimension collective des discriminations. L'action positive est également associée à une vision plus substantielle de l'égalité.

426. Les mesures d'action positive sont définies par les lois de 2007 comme étant des mesures spécifiques destinées à prévenir ou à compenser les désavantages liés à l'un des motifs de discrimination mentionnés, en vue de garantir une pleine égalité dans la pratique³⁵⁰. Ces mêmes lois disposent qu'une distinction directe ou indirecte qui repose sur l'un des motifs de discrimination visés par les lois ne s'analyse pas en une quelconque forme de discrimination lorsque cette distinction constitue une mesure d'action positive³⁵¹.

427. Les trois lois de 2007 précisent que l'adoption de mesures d'action positive ne peut être envisagée que moyennant le respect de certaines conditions³⁵² :

- (1) il doit exister une inégalité manifeste ;
- (2) la disparition de cette inégalité doit être désignée comme un objectif à promouvoir ;
- (3) la mesure d'action positive doit être temporaire, étant de nature à disparaître dès que l'objectif visé est atteint ;
- (4) la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

428. Ces conditions sont conformes aux balises posées par la Cour constitutionnelle pour l'adoption de mesures positives³⁵³.

429. Mais les lois de 2007 prévoient en outre qu'un arrêté royal doit être adopté pour déterminer les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre³⁵⁴. Selon les travaux préparatoires, les particuliers ne peuvent, sans pareil cadre, invoquer le motif général de justification pour les mesures d'action positive³⁵⁵.

430. A ce jour, aucun arrêté royal relatif aux mesures d'action positive n'a été adopté sur la base des lois de 2007³⁵⁶. En l'absence de réglementation, l'adoption de mesures d'action positive par les pouvoirs publics et par les entreprises privées soulève d'importants risques :

349 Art. 5 de la directive 2000/43 : les « désavantages liés à la race ou à l'origine ethnique » ; art. 6 de la directive 2004/113 : les « désavantages liés au sexe » ; art. 7, § 1, de la directive 2000/38 ; art. 3 de la directive 2006/54 (refonte) genre.

350 Art. 4, 11°, de la loi anti-discrimination ; art. 4, 11°, de la loi anti-racisme ; art. 5, 11°, de la loi genre.

351 Art. 10, § 1^{er}, de la loi anti-discrimination ; art. 10, § 1^{er}, de la loi anti-racisme ; art. 16, § 1^{er}, de la loi genre.

352 Art. 10, § 2, de la loi anti-discrimination ; art. 10, § 2, de la loi anti-racisme ; art. 16, § 2, de la loi genre.

353 Cour const., arrêt n° 9/94 du 27 janvier 1994, B.6.2 ; Cour const., arrêt n° 42/97 du 14 juillet 1997, B.20 ; Cour const., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, B.79.

354 Art. 10, § 3, de la loi anti-discrimination ; art. 10, § 3, de la loi anti-racisme ; art. 16, § 3, de la loi genre.

355 Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *Doc. Parl.*, Chambre, 26 octobre 2006, 51-2720/001, p. 52.

356 Un projet d'arrêté royal fixant les hypothèses et conditions dans lesquelles une mesure d'action positive peut être mise en œuvre en exécution de l'article 16, § 3, de la loi genre a été soumis au Conseil national du travail (CNT, Avis n° 1888 du 28 janvier 2004). Ce projet n'a jamais été adopté.

l'auteur de la mesure ne pourra bénéficier de l'exception de ce chef susceptible de justifier une distinction directe ou indirecte sur la base d'un motif protégé. Or il apparaît qu'il existe une véritable demande de la part d'entreprises et d'autres acteurs désireux de mettre en place des mesures d'action positive en faveur de certains groupes³⁵⁷. Déjà en 2008, le Conseil national du travail soulignait qu'il y avait « urgence (...) de mettre fin à l'insécurité juridique entourant actuellement les actions positives développées volontairement par les secteurs et les entreprises ». Le Conseil appelait dès lors à ce qu'un cadre juridique adéquat soit mis en place pour « assurer la pérennité et la sécurité juridique des mesures positives prises par les partenaires sociaux à tous les niveaux appropriés »³⁵⁸.

431. Une autre solution envisageable serait d'aménager le cadre légal de façon à permettre le déploiement d'actions positives sans qu'un encadrement réglementaire soit nécessaire. La Communauté française a ainsi prévu, dans le champ des biens et services uniquement, qu'il appartenait au juge de vérifier *a posteriori*, en cas de litige, que les conditions posées par la loi pour la mise en œuvre d'une action positive (et notamment l'existence d'une inégalité manifeste, la nature temporaire de la mesure d'action positive ou encore le fait que la mesure d'action positive ne doit pas restreindre inutilement les droits d'autrui) sont bien remplies (art. 6, § 4, du décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 ; art. 6 § 5 prévoyant néanmoins qu'une telle approche ne peut être utilisée en matière de « relation d'emploi »).

432. Néanmoins, cette piste ne peut être suivie qu'à titre subsidiaire. Dans la mesure où elle laisse au juge le soin d'apprécier si le recours à une mesure d'action positive peut être concilié avec l'interdiction de discriminer, une telle pratique n'offre en effet pas autant de garanties du point de vue de la sécurité juridique que l'adoption d'un cadre réglementaire. Elle a d'ailleurs été adoptée par la Communauté française précisément pour pallier l'absence de cadre réglementaire pour encadrer les actions positives³⁵⁹. L'adoption de mesures d'action positive sans cadre réglementaire *a priori* se conçoit en outre difficilement dans certains domaines comme celui de l'emploi compte tenu de la nécessité de disposer de données chiffrées qui permettent de confirmer qu'il existe une inégalité manifeste.

433. L'adoption d'un cadre réglementaire spécifique doit également être l'occasion d'apporter une solution aux difficultés suscitées par l'existence d'arrêtés royaux adoptés sur la base d'une législation précédente. Le Roi a en effet adopté deux arrêtés sur le fondement des

357 UNIA, *Rapport d'évaluation, op. cit.*, p. 67.

358 CNT, Avis n° 1.654 du 10 octobre 2008, « AIP 2007-2008 - Non-discrimination - Actions positives ». Selon la Conseil, « il doit être possible d'aller au-delà de l'égalité formelle en droit pour tendre, concrètement, vers une plus grande égalité en fait entre les personnes. Cela suppose de prendre toute la mesure des désavantages auxquels certaines catégories de personnes continuent d'être confrontés sur le marché de l'emploi, en tentant dans un premier temps d'objectiver ces désavantages, pour pouvoir ensuite les réduire. A ce titre, entrent notamment dans cette catégorie d'actions les mesures spécifiques visant à éliminer les causes des moindres chances d'accès au travail et de carrière accordées aux personnes en raison de l'un des motifs visés par la loi. Ces mesures peuvent, par exemple prendre la forme d'interventions sur l'orientation et la formation professionnelle. Le Conseil tient à insister sur la nécessité de permettre les politiques volontaires qui entendent prévenir ou compenser ces désavantages ainsi que sur le rôle important que les partenaires sociaux jouent pour la définition et la mise en œuvre de ces politiques. En particulier, les secteurs ont un rôle majeur à jouer dans le développement de plans de diversité qui comportent des mesures d'actions positives en faveur de certains groupes cibles désavantagés sur le marché de l'emploi ».

359 Projet de décret de la Communauté française modifiant le décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Communauté française, 2015-2016, n° 182-1, pp. 4-5.

articles 119 et 122 de la loi de réorientation économique du 4 août 1978³⁶⁰ dont le Titre V portait sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans l'emploi :

- l'arrêté royal du 14 juillet 1987 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans le secteur privé (*M.B.*, 26 août 1987) ;
- l'arrêté royal du 27 février 1990 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans les services publics (*M.B.*, 8 mars 1990)³⁶¹.

434. Ces arrêtés envisagent l'adoption, dans le secteur privé et dans le secteur public, d'actions positives sous la forme de « plans d'égalité des chances ». Ces plans doivent comporter « des mesures de correction des effets préjudiciables à l'égard des femmes et découlant de situations et comportements sociaux traditionnels [et] des mesures de promotion de leur présence et de leur participation à la vie professionnelle dans tous les secteurs et professions et à tous les niveaux hiérarchiques »³⁶².

435. Ces arrêtés royaux ne couvrent qu'un domaine limité puisqu'ils se limitent à la discrimination fondée sur le genre, dans le domaine des relations de travail. Ils ne peuvent dès lors combler l'absence de mesures réglementaires plus larges donnant effet aux dispositions des lois de 2007. En outre, le statut de ces arrêtés à l'heure actuelle est pour le moins incertain. Les travaux préparatoires des lois de 2007 prévoient qu'il faut considérer que ces arrêtés royaux conservent leur validité et seront maintenus en vigueur jusqu'à ce qu'ils soient abrogés « aux fins de ne pas créer un vide juridique préjudiciable »³⁶³. La question se pose de savoir si ce maintien en vie près de dix ans après l'adoption des lois de 2007 se justifie encore. Cette question est d'autant plus aiguë que la base légale sur laquelle certains de ces arrêtés royaux ont été adoptés a entre temps été supprimée³⁶⁴. Enfin, l'arrêté royal du 27 février 1990 a été abrogé pour la Région de Bruxelles-Capitale³⁶⁵.

436. La Commission **recommande** d'adopter à bref délai un ou plusieurs arrêtés royaux définissant les hypothèses et les conditions dans lesquelles des mesures d'action positive

360 L'article 119 de cette loi permettait au Roi d'adopter un arrêté fixant le cadre dans lequel pouvaient être adoptées des mesures d'action positive visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes.

361 Une circulaire a été adoptée pour clarifier la portée de cet arrêté royal : Circulaire du 20 avril 1999 relative à l'arrêté royal du 27 février 1990 portant des mesures en vue de la promotion de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes dans les services. Code de bonne pratique en matière d'actions positives (*M.B.*, 15 mai 1999).

362 Art. 1^{er} de l'arrêté royal du 14 juillet 1987 et art. 2 de l'arrêté royal du 27 février 1990.

363 Commission Justice de la Chambre, rapport de M. Eric Libert, 19 mars 2007 *Doc. Parl.*, Chambre, 51-2720/009, p. 96.

364 L'article 32 de la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale a abrogé le Titre V de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique « en ce qui concerne les matières qui sont de la compétence du législateur fédéral ».

365 Art. 13 de l'arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 3 mars 2011 portant exécution de l'ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction public régionale bruxelloise (*M.B.*, 15 mars 2011).

peuvent être mises en œuvre. Dans le domaine des relations de travail, un arrêté royal pourrait prévoir l'adoption de mesures d'actions positives par les partenaires sociaux.

C o n c l u s i o n p r o v i s o i r e

437. Deux constats principaux ressortent de ce premier travail d'évaluation des lois de 2007.

438. D'une part, la Commission estime que les textes de loi eux-mêmes sont globalement de bonne qualité et prévoient un niveau élevé de protection mais qu'ils présentent néanmoins, au vu des objectifs poursuivis par le législateur de 2007, certains défauts qui méritent d'être corrigés. Une partie des recommandations formulées concernent cet aspect.

439. D'autre part, la Commission observe que cette législation souffre d'un manque d'effectivité dans les faits. Des recherches empiriques menées depuis 2007 montrent que les discriminations restent fréquentes, en particulier à l'encontre de certains groupes protégés³⁶⁶. Les informations recueillies par la Commission indiquent par ailleurs que l'accès des victimes de discrimination à la justice est entravé par des difficultés importantes.

440. Aussi, une grande part des recommandations de la Commission vise-t-elle à assurer un meilleur suivi, par les autorités compétentes, du respect de cette législation et à faciliter l'accès à la justice des victimes de discrimination.

* * *

366 Voy., en particulier UNIA, *Baromètre de la diversité – Emploi*, 2012 ; UNIA *Baromètre de la diversité – Logement*, 2014 (disponibles sur <http://unia.be/fr>) ; et N. SPAAS, « Dienstencheques : subsidiëren om te discrimineren ? », *op. cit.*

Annexe 1. – Listes des membres de la Commission d'évaluation

Membres

M. Marc Bossuyt (*vice-président*)
Mme Elke Cloots
M. Franky De Keyzer
M. Olivier De Schutter
Mme Caroline Deiteren
Mme Nathalie Diesbecq
Mme Julie Feld
M. François Haenecour
M. Jean-François Macours
Mme Françoise Tulkens (*présidente*)
M. Laurent Vander Elst
Mme Leen Verraest

Membres suppléants

M. Pascal Bertrand
Mme Michèle Claus
M. Matthieu De Wèvre
Mme Evelyne Maes
Mme Claire Picard
Mme Julie Ringelheim
M. Matthias Storme (*rapporteur-adjoint*)
M. Olivier Valentin
M. Martin Van den Bossche
M. Martine Vandevenne
M. Patrick Wautelet (*rapporteur*)
Mme Marijke Weewauter

Annexe 2. – Liste des auditions

- M. Patrick Charlier et Mme Els Keytsman (UNIA) – 19 septembre 2016
- Prof. Sébastien van Drooghenbroeck (Université Saint Louis) – 27 septembre 2016
- Prof. Jogchum Vrielink (K.U.Leuven) – 27 septembre 2016
- Prof. Isabelle Rorive et Prof. Emmanuelle Bribosia (Université Libre de Bruxelles) (membres du *European Network of Legal Experts in the Anti-discrimination Field*) – 6 octobre 2016
- M. Christian De Valkeneer (Procureur général près la Cour d’appel de Liège) et Mme Maïté De Rue (Substitut du Procureur général près la Cour d’appel de Liège) – 8 novembre 2016
- Prof. Jean Jacqmain (Université Libre de Bruxelles ; Vice-président du Conseil de l’égalité des chances entre hommes et femmes) – 21 novembre 2016
- M. Michel Pasteels et Mme Liesbeth Stevens (I.E.H.F.) – 1^{er} décembre 2016

Annexe 3. – Opinion séparée du vice-président Marc Bossuyt

Le Vice-président Marc Bossuyt est d'avis que les recommandations qui peuvent avoir une incidence sur les relations entre les partenaires sociaux, comme c'est notamment le cas pour les recommandations 16 (§ 173), 18 (§ 188), 20 (§ 202), 24 (§ 286), 25 (§ 319) et 26 (§ 341), doivent être soumises à l'accord préalable de ces partenaires.

Annexe 4. – Opinion dissidente – *Dissenting opinion* du professeur Matthias E. Storme, rapporteur adjoint

OPINION DISSIDENTE – DISSIDENTION OPINION

Je ne puis souscrire au rapport que la Commission présente comme une évaluation des « lois anti-discrimination » et le motive dès lors dans cette « opinion dissidente ».

I. Introduction

1. Le rapport ne contient pas d'évaluation équilibrée mais uniquement une analyse unidimensionnelle qui, systématiquement, n'examine qu'une face de la médaille et ne formule des recommandations que dans un sens, ce qui fait de ce rapport surtout un document idéologique. Pour le dire en termes classiques, il n'y a pas d'enquête à charge et à décharge, on se borne à examiner s'il n'y a pas encore plus de comportements à combattre et à sanctionner, s'il est encore possible de mieux réprimer ces comportements, s'il n'est pas possible de restreindre encore plus la liberté et ce, sans s'intéresser sérieusement aux autres effets produits par une telle législation ou une telle application de cette législation.

II. Cadre de référence

2. L'évaluation implique un contrôle par rapport à un cadre de référence, à des « valeurs » ou « normes » supérieures auxquelles on se réfère. Dans un État de droit démocratique, un tel contrôle peut s'opérer légitimement de deux façons ou à deux niveaux, qui doivent cependant rester dissociés.

3. Étant donné que la Commission a pour objectif de rendre un avis au législateur fédéral, il faut en premier lieu procéder à une évaluation dans le cadre de la Constitution belge et donc au regard des règles et des principes prescrits par cette dernière, mais alors au regard de l'ensemble des valeurs constitutionnelles, et pas seulement au regard d'une seule valeur choisie pour des raisons idéologiques. Dans la mesure où la Constitution permet le transfert de compétences à des organes supranationaux, il convient naturellement de prendre également en compte à cet égard les règles d'origine supranationale, et plus particulièrement la législation de l'Union européenne. Cette prise en considération au premier niveau de l'évaluation ne peut toutefois avoir lieu que pour autant que ces règles supranationales ne portent pas atteinte « à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit » (arrêt n°62/2016 du 28 avril 2016 de la Cour constitutionnelle). Une évaluation réalisée à ce niveau doit donc 1° obligatoirement rester dans les limites de la Constitution et doit 2° tenir compte de l'ensemble des droits fondamentaux.

4. Il n'en demeure pas moins qu'une évaluation peut remettre en question ce cadre juridique fondamental et peut contenir des propositions de modification de la Constitution ou de dispositions supranationales. Il convient cependant de formuler trois observations à cet égard. Premièrement, il faut distinguer très clairement cette évaluation de la première évaluation. Deuxièmement, il faut par conséquent indiquer clairement le cadre de référence sur la base duquel la Constitution et le droit supranational sont évalués. Si ce cadre de référence ne correspond pas à l'ordre constitutionnel existant, il faut faire preuve de transparence. Sans

exclure l'existence éventuelle d'autres cadres de référence, un tel cadre de référence relève principalement d'un choix idéologique et ne repose pas sur des méthodes appartenant aux sciences sociales et humaines. Troisièmement, il n'y a aucune raison, lors d'une telle évaluation, de ne pas considérer la Constitution comme étant contraignante et de considérer le contraire pour des Directives européennes et certains traités internationaux.

5. Au regard de ces éléments, il ressort clairement que le rapport d'évaluation est déséquilibré et incohérent. D'une part, il ne comprend aucune évaluation de la loi au regard des droits et des libertés constitutionnels et remet qui plus est en question certains de ces droits et certaines de ces libertés tout en recommandant de les limiter de manière plus stricte. D'autre part, aucune position critique n'y est adoptée à l'égard de la législation européenne ou de certains traités internationaux.

Je relève brièvement les manquements de l'évaluation au premier niveau au point III et les manquements de l'évaluation au second niveau au point IV.

III. Contrôle dans le cadre constitutionnel

6. Une évaluation sérieuse au premier niveau exige donc que l'on confronte cette législation à l'ensemble des dispositions constitutionnelles offrant une protection aux justiciables (en particulier toutes les dispositions du Titre II de la Constitution, telles que la liberté de conscience, de culte, d'association, d'expression et de presse, d'enseignement, de l'usage des biens, le respect de la vie privée, ...). Ces dispositions forment un tout avec des dispositions correspondantes d'instruments supranationaux, tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, si bien que la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle doivent également être prises en considération. À l'inverse, on peut rappeler que lors de l'adoption de la convention des Nations unies sur la discrimination raciale, la Belgique a émis une réserve en ce qui concerne la liberté d'expression en ne s'engageant pas à la restreindre.

7. Force est de constater, à la lecture du rapport, que l'on examine de façon très approfondie de quelle manière un droit pourrait encore être davantage protégé contre la discrimination dans les relations horizontales (par d'autres citoyens, entreprises, ...), droit que l'on infère de la Constitution (bien que cela ne figure pas dans les articles 10 et 11, ceux-ci interdisant uniquement à l'autorité de pratiquer toute discrimination) et de dispositions européennes, mais qu'on ne s'intéresse pas du tout à la question de savoir si la législation existante ou l'extension que l'on en recommande a également une incidence sur d'autres droits fondamentaux et notamment sur les libertés fondamentales telles que... C'est d'autant plus remarquable que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, toute atteinte à un droit fondamental constitue une discrimination et qu'on ne peut dès lors se retrancher derrière l'argument que la limitation de ces libertés ne relèverait pas de la mission, c'est-à-dire examiner la lutte contre les discriminations. De même, on n'examine pas si les règles existantes ou les règles proposées assurent un juste équilibre entre les différents droits garantis par la Constitution (et qui, certes, s'opposent parfois).

Le raisonnement selon lequel, lors de l'évaluation d'une législation donnée, il faudrait uniquement examiner son efficacité et la manière de la rendre encore plus efficace, sans

s'intéresser à l'incidence des règles existantes ou proposées sur d'autres droits et libertés, est indigne d'un État de droit. Avec un tel raisonnement, l'on peut également recommander qu'il serait efficace de pendre tous les auteurs de discriminations, en ajoutant qu'il n'appartient pas à l'évaluateur de se soucier de la protection du droit à la vie.

8. Il ne suffit évidemment pas non plus de se débarrasser du problème en affirmant que, la législation actuelle n'ayant pas été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle, il n'y a donc pas lieu de se soucier, au moment de l'évaluer – et de recommander son élargissement et son durcissement – de la Constitution ni des valeurs constitutionnelles. Le contrôle de la Cour constitutionnelle est limité et il laisse une marge importante au législateur. Lorsqu'un rapport recommande au législateur de faire systématiquement usage de cette marge au détriment des libertés constitutionnelles, il ne s'agit pas d'une évaluation sérieuse mais d'un programme idéologique unidimensionnel. Il est de surcroît inexact d'affirmer que, puisque la loi existante résiste au contrôle de constitutionnalité, il en ira de même pour un durcissement ou un élargissement de la loi.

En outre, la Cour constitutionnelle n'a jugé la loi existante conforme à la Constitution que pour autant qu'elle soit interprétée de manière restrictive sur un certain nombre de points :

- c'est ainsi qu'une série de dispositions pénales ne sont inconstitutionnelles que moyennant l'exigence d'un dol spécial de la part de l'auteur ;
- l'article 22 de la loi antiracisme n'est donc constitutionnel que pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un délit autonome, et que le caractère punissable de l'association elle-même soit une condition du caractère punissable de l'adhésion (arrêt 17/2009, considérant B.75.9) ; le rapport préconise précisément de donner une interprétation inverse à cette « Sippenhaftung », en recommandant de renoncer, sur ce point, à la liberté constitutionnelle d'association.

9. Bien que l'on puisse partir du principe que les règles du droit européen ont priorité – ce principe n'étant toutefois pas absolu, comme indiqué plus haut, en vertu de la Constitution belge –, une évaluation sérieuse suppose néanmoins l'examen de la marge dont dispose le législateur belge et de la question de savoir si la manière dont cette marge est utilisée est bien la plus équilibrée, a l'impact le plus réduit possible sur les autres libertés et si elle favorise le plus nos chances de prospérité. On constatera notamment, à cette occasion, que la transposition de certaines directives européennes est allée beaucoup moins loin dans certains États membres, par exemple dans le plus grand d'entre eux, en Allemagne, et on pourra ensuite en déterminer les avantages et les inconvénients.

Il conviendra alors d'examiner la question de savoir si l'on peut appliquer les mêmes règles :

- d'une part aux fournisseurs de biens ou de services qui offrent ou réalisent un grand nombre de transactions et, d'autre part, aux fournisseurs qui n'offrent qu'un seul service ou un nombre limité de services (distinction établie dans le droit allemand) ;
- aux cas où le service ne peut s'adresser qu'à une seule personne ou à un nombre limité de personnes (exemples : deux emplois vacants, un seul appartement à louer, etc.) et aux cas où le service peut s'adresser à un nombre indéterminé de personnes (distinction à laquelle la littérature scientifique accorde une grande importance : en effet, dans le premier cas, le choix de la personne non choisie implique que la personne choisie est également préjudiciée au même titre que la personne non choisie initialement).

10. Pour évaluer la législation fédérale dans un cadre normatif correct, il convient naturellement de tenir compte non seulement de la question de savoir sur quels points ladite législation pourrait être insuffisante pour protéger les personnes qui se plaignent d'une discrimination, mais aussi de la protection des personnes qui se défendent contre ces allégations de discrimination. Cela vaut tant sur le plan du droit matériel que sur le plan de la procédure :

- droit matériel : il convient de chercher un juste équilibre entre, d'une part, la protection contre la discrimination et, d'autre part, la protection des libertés fondamentales, notamment de la liberté économique, qui inclut également la liberté contractuelle (arrêt *Sky Europe* de la Cour de justice) et, par ailleurs, les libertés d'expression, d'enseignement, d'association, de religion, etc.
- procédure : il convient de chercher un juste équilibre entre, d'une part, l'accès au juge pour les plaignants et, d'autre part, le droit des défenseurs de ne pas être mêlés inutilement à une procédure, et le droit de la défense.

Jusqu'à présent, la commission s'est systématiquement intéressée à un seul côté de la médaille. Ainsi l'attention porte-t-elle largement sur la question de savoir si les personnes qui seraient discriminées pour plusieurs motifs ont besoin d'une protection supplémentaire, outre la protection pour chacun de ces motifs. Le rapport reste muet quant à la question de savoir s'il faut également protéger les citoyens qui seraient accusés à tort. Or, de nombreuses personnes sont également « victimes » d'accusations infondées ou frivoles, ce qui par le passé a même déjà conduit à un suicide (affaire *Blackie*).

Si on estime que le risque de sanction doit être réel pour l'auteur de discriminations, il faut également un réel risque de sanction pour l'auteur d'accusations infondées de discriminations.

11. Une évaluation sérieuse suppose également un analyse de droit économique, sur laquelle nous reviendrons plus avant sous le IV *infra*.

12. Elle suppose également que l'on examine la question de savoir dans quelle mesure des inégalités de traitement sont rationnelles et, dès lors, justifiées. Lorsque les acteurs économiques opèrent des distinctions, dans la grande majorité des cas, il s'agit d'un comportement parfaitement rationnel. Aucun employeur n'a ainsi intérêt à engager une autre personne que celle qui fonctionnera au mieux. Dans les cas où il y a une possibilité de choix, quasi aucun employeur ne fera le choix moins efficace. Si ces choix ne correspondent pas à ce que d'autres intéressés attendent, il peut être plus utile d'en examiner les raisons plutôt que de supposer une mauvaise foi, basée ou non sur des données 'statistiques' qui n'intègrent pas au préalable toute une série de facteurs.

IV. Évaluation au-delà du cadre constitutionnel

13. Le rapport ne répond pas non plus aux trois exigences d'une évaluation supra-constitutionnelle.

Primo, le rapport n'opère pas aucune distinction entre une évaluation à l'aune de la Constitution et une évaluation en dehors du cadre constitutionnel. La Constitution est invoquée (art. 10 et 11) lorsqu'elle s'accorde avec l'idéologie envisagée, mais elle est remise en question dans le cas contraire (art. 150, liberté d'association).

Secundo, le cadre d'évaluation est purement idéologique. Or, en pareil cas, il convient d'être transparent et d'indiquer clairement, par exemple, que l'on applique une grille de valeurs qui donne toujours la priorité à l'égalité ou à une certaine forme d'égalité et qui fait donc de la lutte contre la discrimination une fin en soi qui ne doit pas être mise en balance avec d'autres objectifs ou d'autres valeurs de la même importance. Or, d'autres idéaux, que je suis manifestement le seul à représenter au sein de la commission d'évaluation, sont également légitimes en démocratie. En outre, on pourrait aussi dépasser une approche purement idéologique en ayant également recours à des méthodes scientifiques pour l'évaluation. Il est ainsi légitime d'attendre d'une évaluation sérieuse qu'elle se fonde également, au minimum, sur le droit comparé et sur l'économie du droit :

- sur le droit comparé en examinant la réglementation en vigueur dans d'autres pays, ainsi que les solutions qui y sont mises en œuvre pour tenter de dégager un équilibre entre des valeurs contradictoires ;
- sur l'économie du droit en examinant les effets positifs et négatifs de la législation envisagée et des alternatives éventuelles (y compris de l'abrogation de ladite législation) pour l'économie.

Tertio, seule la Constitution est examinée de façon critique, et non le droit supranational, ce qui est évidemment lié à l'approche idéologique évoquée plus haut.

14. En l'occurrence, deux types d'étude de droit économique sont indispensables pour procéder à une évaluation sérieuse.

Tout d'abord, cela nécessite une étude des effets, et donc des coûts et profits, des effets négatifs et des effets positifs. La littérature de droit économique a souligné que les interdictions de discrimination dans les relations horizontales n'assuraient pas globalement plus d'opportunités dans la société, mais moins d'opportunités. Il faut à tout le moins s'intéresser aux effets indésirables et aux coûts. (cf. par ex. R.A. EPSTEIN, *Equal Opportunity or more opportunity*, Londres : Civitas Londres ; C. KIRCHNER, « Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz : ein ökonomischer Ansatz », in S. LEIBLE & M. SCHLACHTER, *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, Munich : Sellier 2006, 37 s.).

L'étude des effets englobe également l'étude de la question de savoir si la répression de certains comportements résout quelque chose. En l'occurrence, en ce qui concerne les délits d'expression (discours de haine, etc.), des études scientifiques approfondies réalisées en Belgique montrent le contraire. Un auteur a certes été auditionné par la Commission (dr. J. Vrielink, *Van haat gesproken, een rechtsantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, 2010)), mais nulle trace de sa conclusion selon laquelle de telles dispositions légales sont contreproductives.

15. Deuxièmement, cela réclame une étude de l'efficacité de la mobilisation des maigres moyens.

Toute demande d'augmentation des moyens (financiers ou humains) afin de lutter contre les discriminations signifie que ces mêmes moyens ne pourront pas être utilisés pour d'autres missions. Une vision tronquée qui ne s'intéresse qu'à sa propre chapelle dissimule le fait qu'une augmentation des moyens consacrés à la lutte contre les discriminations implique

également une diminution des moyens destinés à la lutte contre d'autres maux de société. Il serait plus honnête de dire quels droits ou intérêts doivent alors être moins protégés que ce n'est le cas aujourd'hui. À l'inverse, la question se pose également de savoir si les moyens choisis, en l'occurrence la répression, sont les plus efficaces pour atteindre l'objectif visé (plus d'opportunités pour chacun).

V. Conclusion

16. Chacun est naturellement libre de faire des choix idéologiques et politiques et de les motiver. Les libertés fondamentales permettent à chacun d'adhérer à la religion de la non-discrimination et d'estimer que le législateur ne peut être évalué qu'à l'aune du degré de répression des discriminations. D'autres adhèrent à la charia ou à d'autres religions radicales. Chacun est naturellement libre de rédiger le rapport qui lui convient le mieux pour renforcer la répression. Mais les rapports établis dans cette perspective ne constituent rien d'autre qu'une forme d'évaluation idéologique, et non une évaluation juridique, économique ou scientifique. C'est sans doute ce que souhaitent de nombreux parlementaires : un rapport qui dissimule leurs choix idéologiques. Ils sont servis.

Prof. Matthias E. Storme

Annexe 5. – Remarques et objections des membres de la Commission représentant les organisations d'employeurs

Les membres de la Commission représentant les organisations d'employeurs souhaitent faire part de leurs remarques et objections concernant le premier rapport d'évaluation.

1. Remarques générales

Le rapport se focalise essentiellement sur l'application des lois anti-discrimination. Le point de départ de l'évaluation à ce stade des travaux de la Commission est donc principalement la situation dans laquelle un acte de discrimination a été commis. L'analyse ne porte pas sur ce qui peut être entrepris en amont en vue d'améliorer l'égalité des chances et d'éviter toute discrimination. Les membres représentant les organisations d'employeurs estiment que l'analyse de l'effectivité des lois est également essentielle et devra faire l'objet d'une analyse plus poussée dans les travaux ultérieurs de la Commission.

Le rapport d'évaluation se fonde sur des rapports et des études émanant d'organismes chargés de lutter contre les discriminations, ce qui est normal mais signifie toutefois que ce rapport est relativement unilatéral et manque parfois de neutralité.

Le rapport part du point de vue que l'on remédiera aux discriminations en légiférant et en sanctionnant plus lourdement. Les membres représentant les organisations d'employeurs s'interrogent sur la pertinence de ce postulat de départ.

On observe une tendance à vouloir trop légiférer ou à vouloir étendre le champ d'application de la loi de manière telle que la sécurité juridique en souffre (par exemple en préconisant l'allongement des délais de prescriptions, la suppression de conditions formelles visant la protection des victimes et des témoins, cf. infra).

Le champ d'application des lois anti-discrimination est plus large que le seul domaine des relations de travail (accès aux biens et services, protection sociale, affiliation à une organisation de travailleurs, accès et participation à une activité économique, sociale, culturelle, politique accessible au public, etc.). Les membres représentant les organisations d'employeurs regrettent dès lors que le rapport se focalise dans une très large mesure sur les discriminations présumées des entreprises.

Le rapport distingue peu les discriminations en matière de services et de biens. De plus, il verse assez rapidement dans la discrimination de la part des employeurs.

Par ailleurs, il est frappant de constater que, tout au long de leur rapport, les auteurs partent du principe que les victimes, les services d'inspection, les procureurs et les juges ne connaissent pas suffisamment les lois contre la discrimination, ou qu'ils n'y prêtent pas suffisamment attention, alors que les sanctions les plus sévères sont proposées à l'égard de l'employeur/auteur présumé des faits, sans égard pour la question de savoir si la discrimination visée est (in)consciente ou (in)volontaire.

Enfin, les experts ont globalement manqué de temps pour analyser certains problèmes de manière exhaustive et l'impact de certaines recommandations sur le terrain.

2. Remarques sur certaines recommandations

Nos remarques sur les recommandations sont les suivantes :

1. (§ 73) La Commission recommande d'adapter le cadre légal pour permettre la prise en compte des situations de discriminations multiples sur la base des lois de 2007. Elle recommande également que cette adaptation s'accompagne d'une réflexion sur les sanctions appropriées en cas de discrimination multiple et sur l'aménagement du droit d'action des organismes de promotion de l'égalité.

Les organisations d'employeurs approuvent cette recommandation. Ils soulignent la nécessité de lutter de manière identique contre toutes les formes de discriminations, simples ou multiples. Il serait illogique, par exemple, que l'indemnisation allouée à une personne victime d'un acte de discrimination fondé sur la couleur de peau et sur le sexe soit deux fois plus élevée que l'indemnisation allouée à une personne victime d'un acte de discrimination fondé sur la couleur de peau. En effet, le préjudice est identique dans les deux cas.

2. (§ 77) Dans un souci de sécurité juridique, la Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination fondée sur un motif perçu. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.

Les organisations d'employeurs se demandent s'il est nécessaire de modifier les lois contre la discrimination. Les directives européennes n'évoquent pas la discrimination fondée sur des caractéristiques « supposées » ou « attribuées par association ». Cependant, la Cour de justice a déjà estimé que la discrimination par association relevait du champ d'application de ces directives. Ces cas ont donc déjà été réglés, sans modifier les lois contre la discrimination pour autant.

3. (§ 81) Dans un souci de sécurité juridique, la Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour viser expressément la discrimination par association. Le législateur fédéral peut à cet égard utilement s'inspirer de la législation adoptée par l'autorité flamande.

Les organisations d'employeurs se demandent s'il est nécessaire de modifier les lois contre la discrimination. Les directives européennes n'évoquent pas la discrimination fondée sur des caractéristiques « supposées » ou « attribuées par association ». Cependant, la Cour de justice a déjà estimé que la discrimination par association relevait du champ d'application de ces directives. Ces cas ont donc déjà été réglés, sans modifier les lois contre la discrimination pour autant.

4. (§ 86) La Commission recommande au législateur d'adapter la définition du harcèlement qui figure dans la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs pour la mettre en conformité avec les exigences du droit européen.

Les organisations d'employeurs soulignent que dans la directive « race » (2000/43) et la directive-cadre (2000/78), le « harcèlement » est défini comme « *un comportement indésirable lié à l'un des motifs [de discrimination et] qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant.* ». Un élément important de cette définition est qu'elle précise ensuite que « *[d]ans ce contexte, la notion de harcèlement peut être définie conformément aux législations et pratiques nationales des États membres.* » Dans le prolongement de cette possibilité de tenir compte du droit du travail belge, le législateur belge a délibérément choisi, en 2007, de maintenir les dispositions existantes relatives au harcèlement moral au travail, telles que prévues dans la loi sur le bien-être, et de ne pas les remplacer par une nouvelle réglementation dans les lois anti-discrimination lorsque le motif du harcèlement est un motif discriminatoire (voir p. 46, Exposé des motifs du projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination).

Dans l'article 32ter de la loi sur le bien-être, le législateur confirme en outre explicitement que le chapitre consacré à la violence et au harcèlement moral ou sexuel au travail constitue dans sa totalité la transposition en droit belge de la directive « race » (2000/43), de la directive-cadre (2000/78) et de la directive 2006/54 (égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail).

Si une modification de l'article 32ter était envisagée, elle devrait préalablement être examinée en concertation avec les partenaires sociaux au sein du Conseil national du travail.

5. (§ 92) La Commission recommande de combler les lacunes de la législation fédérale en ce qui concerne la protection des travailleuses en cas de grossesse et de maternité, comme suit :

- en transposant l'article 15 de la directive 2006/54/CE dans la législation fédérale ;

- en prévoyant une sanction en cas de violation de l'article 42 de la loi sur le travail du 16 mars 1971.

Les organisations d'employeurs contestent l'existence d'une lacune en droit belge en cette matière. Les directives européennes font partie du droit dérivé. Elles obligent les États membres de l'UE à atteindre certains résultats, mais les États peuvent déterminer eux-mêmes comment y parvenir. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre littéralement chaque article d'une directive dans la législation nationale si les résultats sont obtenus d'une autre manière. C'est le cas de l'article 15 de la directive 2006/54 :

Selon cet article, une femme doit avoir le droit, au terme de son congé de maternité, de retrouver son emploi ou un emploi équivalent à des conditions qui ne lui soient pas moins favorables. Or, en droit du travail belge, c'est le cas pour n'importe quel travailleur qui reprend le travail au terme de la suspension de son contrat de travail. L'employeur ne dispose en effet d'aucun droit unilatéral de modifier les éléments essentiels d'un contrat de travail. Et la fonction exercée par le travailleur fait partie de ces éléments essentiels.

Toujours conformément à l'article 15 de la directive 2006/54, une femme doit avoir le droit, au terme de son congé de maternité, de bénéficier de toute amélioration des conditions de travail à laquelle elle aurait eu droit durant son absence. Sur ce point non plus, le droit belge ne comporte pas de lacune concrète connue. C'est ainsi par exemple que les mécanismes d'indexation sont d'application générale, y compris pour les travailleurs qui reprennent le travail après une suspension de leur contrat de travail. De plus, l'absence pour cause de congé de maternité est neutralisée pour la fixation des conditions de rémunération et de travail. Enfin, les membres représentant les organisations d'employeurs estiment que l'article 4 de la loi du 16 mars 1971 a une portée générale suffisante pour couvrir les situations relevées par la Commission.

7. (§ 110) La Commission recommande l'adoption de l'arrêté royal prévu par la loi genre afin de déterminer de manière limitative les biens et services qui peuvent être considérés comme destinés exclusivement ou essentiellement aux membres d'un sexe.

Les organisations d'employeurs craignent qu'une liste limitative se révèle trop rigide. Celle-ci ne pourra pas suivre l'évolution des produits et des services et sera donc vite dépassée.

8. (§ 121) La Commission recommande d'adapter la loi anti-discrimination en supprimant, pour le critère de l'état de santé, les termes « actuel ou futur ». Pour le critère de l'origine sociale, la Commission recommande d'adapter la loi anti-discrimination pour retenir la notion d'« origine ou condition sociale » (ou « origine ou statut social »).

Les organisations d'employeurs font observer que la directive-cadre (2000/78) ne prévoit pas le motif « état de santé ». Le motif « état de santé actuel ou futur » a été repris d'initiative par le législateur belge dans la liste des motifs figurant dans la loi anti-discrimination. C'est donc sciemment que les antécédents en matière de santé n'ont pas été retenus.

Les organisations d'employeurs demandent que soit menée une réflexion approfondie sur le motif « état de santé » en général et sur les causes de justification pouvant être avancées pour justifier une différence de traitement fondée sur l'état de santé. Ils constatent en effet que l'on semble attendre des employeurs qu'ils ne tiennent pas compte de problèmes de santé possibles d'un candidat ou d'un travailleur, alors que pour l'employeur, les absences multiples ou de longue durée entraînent bel et bien d'importants risques financiers et problèmes d'organisation. Songeons à l'obligation du paiement du salaire garanti, à l'obligation de mettre en place les aménagements raisonnables (lorsque l'état de santé évolue vers un handicap), aux obligations dans le cadre de la réglementation sur le bien-être au travail, au projet du gouvernement de lever une contribution de responsabilisation par travailleur en incapacité de travail de longue durée.

10. (§ 135) La Commission recommande d'élargir le champ d'application des lois anti-discrimination pour permettre leur application aux relations entre copropriétaires.

Les organisations d'employeurs s'interrogent sur l'opportunité d'étendre le champ d'application des lois anti-discrimination sur la base d'un seul cas concret. Ne serait-il pas préférable de laisser quelque latitude aux tribunaux afin de leur permettre de statuer sur de tels litiges concrets en se basant sur le droit civil existant (par exemple, l'abus de droit)?

11. (§ 145) La Commission recommande de mettre à exécution l'article 29 § 2 de la loi anti-discrimination et de désigner un organisme de promotion de l'égalité de traitement compétent pour le motif de la langue.

Indépendamment de la désignation d'un organisme compétent, les organisations d'employeurs demandent que soit menée une réflexion approfondie sur le motif « langue » et sur les causes de justification pouvant être avancées pour justifier une différence de traitement fondée sur la langue. Sur le terrain, cela manque de clarté pour les employeurs.

14. (§ 155) La Commission recommande que les autorités poursuivent leurs travaux afin d'aboutir sans délai à la création d'un Institut national des droits de l'homme en conformité avec les Principes de Paris. (1993)

Les organisations d'employeurs s'interrogent sur l'utilité d'un Institut supplémentaire dans un pays où l'appareil judiciaire est de qualité et les droits de l'homme sont d'application directe. Cela ne rendra pas les procédures plus compréhensibles pour l'ensemble des parties impliquées.

Si le législateur devait estimer que la création d'un tel institut était opportune, elle devrait se faire en associant l'ensemble des acteurs concernés par la problématique.

16. (§ 173) La Commission recommande d'étendre la compétence d'information accordée à l'auditorat pour lui permettre de solliciter, lorsqu'il l'estime pertinent pour instruire de manière objective le dossier, la production, par toute personne, d'informations ou de renseignements susceptibles d'aider à la manifestation de la vérité dans le cadre d'un litige civil pour discrimination. L'exercice de cette possibilité devrait garantir le respect du contradictoire et l'égalité des parties. Les modalités de cette extension de compétence doivent faire l'objet d'un encadrement, notamment pour garantir la protection de la vie privée et du secret des affaires. Cette extension pourrait être réservée à certaines situations à définir plus précisément.

Les organisations d'employeurs ne peuvent donner leur accord sur cette recommandation. Il appartient au juge de s'enquérir des informations qu'il estime nécessaire, éventuellement dans le cadre de l'instruction d'audience. L'article 871 du code judiciaire permet au juge d'« ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose ». L'article 877 permet également au juge, « lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent », d'« ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure ».

Les organisations d'employeurs estiment par ailleurs qu'une extension de la compétence d'information de l'auditorat dans des affaires civiles entrainerait une inégalité entre les parties au litige. Le partage de la charge de la preuve offre déjà une protection plus élevée au demandeur qui s'estime victime d'une discrimination. Comme on le mentionne au Chapitre 6 du rapport, le demandeur peut se limiter à présenter des éléments de fait qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés. Dans ce cas, à défaut de fournir les informations pertinentes pour écarter tout doute sur l'existence d'une discrimination, l'employeur s'expose déjà à l'heure actuelle à ce que le tribunal se base sur une présomption de discrimination pour condamner le défendeur.

L'auditeur du travail joue un rôle consultatif dans un procès civil. Cette donnée changerait fondamentalement si l'on permettait à l'auditeur de participer activement à la mise en état de l'affaire en reprenant la charge de la preuve dans le chef du travailleur et en allant collecter des preuves chez l'employeur.

L'article 138ter du Code judiciaire prévoit en effet actuellement la possibilité pour l'auditeur du travail de recueillir des renseignements, mais cette possibilité n'existe que vis-à-vis des organismes publics ou des institutions de sécurité sociale. Il s'agit en outre de renseignements administratifs, donc d'informations dont l'autorité dispose en propre. Un employeur impliqué dans un procès civil ne peut être mis sur le même pied qu'un organisme public ou une institution de sécurité sociale. La collecte d'éléments de preuve éventuels en matière de discrimination est d'un autre ordre que le recueil de renseignements administratifs.

Enfin, le type d'information exigée de l'employeur aura dans la plupart des cas un caractère confidentiel, ne se limitant pas au plaignant. L'auditeur pourrait ainsi exiger des fiches de salaire, des évaluations du personnel ou d'autres documents, qui, d'une part impliquent d'autres travailleurs que le plaignant et risquent d'être communiqués ou utilisés ou en dehors de la procédure en cours et d'autre part, n'offriront que rarement des éléments pertinents pour apporter la preuve d'une discrimination.

18. (§ 188) La Commission recommande d'adapter les lois de 2007 pour y indiquer que les inspecteurs sociaux disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions des lois de 2007, même lorsqu'aucune infraction pénale n'a été commise.

Les organisations d'employeurs ne peuvent donner leur accord sur cette recommandation. Les inspecteurs sociaux sont chargés de contrôler le respect des dispositions sociales sanctionnées pénalement. En 2007, le législateur a choisi de dépénaliser le droit antidiscriminatoire pour des motifs d'efficacité. Une partie importante des interdictions de discrimination sont donc sanctionnées uniquement civilement et non pénalement. L'exercice du contrôle du respect de ces dispositions de droit civil va à l'encontre de l'essence même de la mission des inspecteurs sociaux.

Les compétences qu'on envisage de reconnaître aux inspecteurs sociaux, sans qu'une infraction pénale n'ait été commise, sont disproportionnées lorsqu'il s'agit

de présomptions de discrimination. Ces compétences incluraient par exemple l'accès aux lieux de travail, à toute heure du jour et de la nuit, sans avertissement préalable, l'accès aux espaces habités, la collecte d'information sous forme d'examen, contrôle et audition, la prise d'identité des personnes se trouvant sur les lieux de travail, l'audition de personnes, soit seules, soit ensemble, soit en présence de témoins, l'accès à l'information ou aux supports d'information contenant soit des données sociales, soit d'autres données,...

19. (§ 189) La Commission recommande que les services compétents de l'inspection du travail adoptent une attitude plus proactive dans l'exercice de leur mission de surveillance du respect de la législation anti-discrimination.

Les organisations d'employeurs ne peuvent suivre un raisonnement qui consiste à prendre un constat ou un effet en considération pour en déduire une cause probable. Le constat est qu'il y a peu de dossiers traités par l'inspection du travail. On en déduit que l'inspection du travail doit être plus proactive et rechercher des infractions à la législation. Ce raisonnement inversé est sujet à caution. Le peu de dossiers traités peut aussi indiquer que le nombre de cas de discrimination est somme toute relativement limité.

Du raisonnement inversé susmentionné, on déduit également que des sanctions/amendes administratives plus lourdes à l'égard des employeurs pourraient 'motiver' les inspecteurs à être plus proactifs !

20. (§ 202) La Commission recommande aux pouvoirs publics d'examiner la possibilité de réaliser, ou de faire réaliser par des tiers agréés, sur la base d'informations pertinentes, des tests de situation de façon à vérifier le respect de la législation antidiscriminatoire à des fins générales de monitoring. Elle recommande plus particulièrement d'envisager l'attribution à l'inspection du travail d'une compétence légale expresse de réaliser des contrôles ciblés par le biais de la méthode des tests de situation, le cas échéant basés sur l'intervention de « clients mystère » (ou « mystery shopping » / « mystery calling »).

Les organisations d'employeurs ne peuvent marquer leur accord sur cette recommandation. Elles rappellent que l'inspection est chargée de contrôler le respect des dispositions sociales sanctionnées pénalement. Compte tenu de la compétence limitée de l'inspection, les tests de situation ne pourraient donc cibler que la discrimination sanctionnée pénalement. Dans ce cas, il faudrait toutefois qu'il y ait une intention spécifique dans le chef de l'auteur. En outre, le principe de répartition de la charge de la preuve n'intervient pas dans une procédure pénale. La preuve exigée de discrimination sanctionnée pénalement ne peut dès lors pas être apportée par un test de situation.

Les organisations d'employeurs soulignent également que les inspecteurs doivent actuellement se munir de leur titre de légitimation dans l'exercice de leur fonction et doivent toujours présenter ce titre. Ils ne peuvent pas non plus provoquer à commettre des infractions. Il est disproportionné d'écarter ces principes afin de réaliser des tests de situation qui doivent mettre en évidence une discrimination. Quelle que soit la pertinence de la discrimination, les dispositions pénales figurant dans le code social pénal ont une pertinence équivalente.

Il est par exemple envisagé d'envoyer des faux CV's test. Mais on ne peut sanctionner individuellement une entreprise pour un traitement différencié de CV's alors que le recrutement est un processus dans lequel la subjectivité peut avoir un rôle ? Quid de la responsabilité personnelle et souvent involontaire du recruteur ?

Par ailleurs, les comparaisons avec le contrôle sur les services de paiement et de crédit (service public aux citoyens), et le contrôle sur le secteur financier, ne sont pas équilibrées. Il s'agit d'un contrôle global pour assurer la protection des utilisateurs de produits et de services financiers. C'est d'un tout autre ordre que des cas de discrimination présumée par un employeur individuel.

En outre, les organisations d'employeurs s'interrogent sur la fixation des priorités au sein de l'inspection. Les tests de situation à grande échelle requièrent beaucoup de personnel et sont onéreux. Les besoins sur le terrain en matière d'inspection sont importants, notamment en termes de dumping social, de trafic et de traite des êtres humains, de faux indépendants, de sécurité et de santé, etc. Les organisations d'employeurs ne veulent pas que l'inspection délaisse ces priorités au profit de tests de situation à grande échelle.

A titre subsidiaire, les organisations d'employeurs reconnaissent que le testing peut être pertinent pour obtenir des informations générales sur la problématique/réalité des phénomènes discriminatoires, de manière globale ou dans certains secteurs d'activité. Il n'est par contre pas indiqué d'en faire une méthode d'inspection et de sanction pour des entreprises individuelles. Les garanties à mettre en place devraient assurément être importantes pour éviter toute dérive et nécessiteraient en tout cas une étude plus approfondie et être organisées par les acteurs de terrain.

De plus, les méthodes de testing peuvent prendre différentes formes. On vise surtout le recours à un client mystère dans le rapport, méthode qui n'a d'intérêt que dans un nombre restreint de secteurs d'activité.

23. (§ 269) La Commission recommande d'étendre le système prévu à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007, qui fixe des montants de base substantiellement moins élevés que ceux prévus pour les procédures de droit commun, à tous les litiges relatifs aux lois de 2007.

Les organisations d'employeurs s'interrogent sur les effets de l'extension du système prévu à l'article 4 de l'arrêté royal du 26 octobre 2007. En effet, en droit social, mais aussi dans d'autres matières, de nombreux cas dignes d'intérêts pourraient justifier une application de montants de procédure inférieurs. Mais où s'arrête-t-on et qu'en est-il de la soutenabilité financière de la justice ?

24. (§ 286) La Commission recommande d'adapter le cadre législatif, après consultation des partenaires sociaux, pour faire bénéficier de la protection contre les représailles les personnes qui défendent ou soutiennent la personne à l'origine de ou concernée par la plainte ou par la procédure judiciaire. Compte tenu de la nature de la protection accordée par les lois de 2007, une telle extension pourrait s'accompagner d'une modulation du contenu de la protection dont bénéficient les personnes autres que la personne concernée et les témoins tels que définis actuellement dans la loi.

Les organisations d'employeurs ne peuvent donner leur accord sur cette recommandation. Elles ne sont pas convaincues que les directives européennes imposent à la Belgique l'obligation d'étendre la protection à des personnes autres que la personne concernée et les témoins formels. La Commission européenne a émis à cet égard, en 2011, une observation qui n'a apparemment pas encore été suivie d'une mise en demeure formelle. Il convient en outre de souligner que jusqu'à présent, aucune décision de la Cour de justice de l'Union européenne n'a constaté une transposition incorrecte des directives par notre pays. Un considérant dans une directive n'a pas la même valeur qu'un article de la directive. Lorsqu'un texte est repris dans le considérant mais dans le corpus de la directive, c'est qu'il a fait l'objet de longs débats (notamment sur sa praticabilité) et qu'il n'y a pas eu consensus pour en faire une règle normative.

Les articles concernés des directives semblent en tout état de cause offrir une certaine souplesse d'interprétation à chacun des États membres.

De plus, il ne peut être fait abstraction du nombre très élevé de protections existant à l'heure actuelle en droit social : crédit-temps, congé-éducation payé, délégués syndicaux, introduction de nouvelles technologies, règlement de travail, conseillers en prévention, délégués du personnel et candidats-délégués du personnel au sein du conseil d'entreprise ou du comité pour la prévention et la protection au travail, médecins-conseil auprès des mutuelles, déchets dangereux, maternité, pauses d'allaitement, congé de paternité, congé parental, congé d'adoption congé politique, travailleurs ayant introduit une demande d'intervention ou une procédure pour cause de violence ou de harcèlement moral ou sexuel au travail, travailleurs ayant introduit une plainte pour violation de la loi anti-discrimination, plainte ou procédure pour infraction à la loi antiracisme et xénophobie, etc.

Ces protections complexifient considérablement le travail des responsables en ressources humaines qui doivent constamment contrôler qui est protégé, durant quelle période, s'il y a cumul de protection, etc. Au moindre oubli, l'indemnité à payer est importante. Prévoir une protection des personnes qui ne sont ni les plaignants, ni les témoins, rendra ce contrôle encore plus difficile.

Par ailleurs, les travailleurs qui ne figurent pas sur la liste précitée peuvent encore, en cas de licenciement, se prévaloir de la protection contre « l'abus du droit de licencier » ou le « licenciement manifestement déraisonnable » (CCT n° 109). Il en va de même pour les témoins éventuels de discriminations qui ne bénéficient pas d'une protection contre les représailles en vertu de la loi anti-discrimination.

Enfin, il est essentiel que le formalisme de la plainte soit maintenu afin de pouvoir répertorier toutes les personnes qui bénéficient d'une protection au sein de l'entreprise. L'employeur doit pouvoir bénéficier d'un minimum de sécurité juridique.

26. (§ 341) La Commission recommande de majorer les montants forfaitaires d'indemnisation versés en cas de discrimination en dehors du domaine des relations de travail et de prévoir leur indexation, tout en habilitant le juge à moduler la sanction en fonction des circonstances concrètes de l'espèce.

Les organisations d'employeurs se limitent à commenter les recommandations qui ont un impact sur les employeurs. Elles tiennent toutefois à souligner qu'un montant de 650 ou 1 300 euros représente un coût non négligeable pour une personne privée ou un commerçant.

De plus, différencier la sanction sur base de la taille de l'entreprise revient à appliquer une justice de classe, à la tête du 'portefeuille présumé' du client. Ce type de distinction, que l'on retrouve aux USA et qui donne lieu à de nombreux abus, est inacceptable. On peut fort bien imaginer une grande entreprise qui applique une politique de diversité rigoureuse mais dont un membre du personnel commet, peut-être involontairement, un acte de discrimination. Faut-il dans ce cas, punir plus lourdement cette entreprise qu'une petite qui ne fait rien en matière de diversité, au seul prétexte que la première est de taille plus importante? Un tel système de sanction, non pas fondé sur la gravité de la discrimination et le dommage qui en découle, mais sur l'intérêt financier que la victime peut en retirer, donnerait lieu à des procès d'aubaine.

Enfin, le critère de la taille de l'entreprise n'est en aucun cas un élément pouvant permettre de présumer des capacités financières d'une entreprise (ex. hôpital).

3. Remarques spécifiques

Bien que ces points du rapport ne fassent pas encore l'objet de recommandations de la Commission à ce stade des travaux, les organisations d'employeurs souhaitent également réagir sur les éléments suivants :

Sous-rapportage :

(point 222)

Les organisations d'employeurs notent que le sous-rapportage est une réalité dans la quasi-totalité des matières où une plainte doit être introduite, telles que les vols ou agressions. Il ne s'agit pas d'une problématique spécifique aux faits de discrimination.

Délais de prescription des recours :

(points 230 ainsi que 247 et suiv.)

Dans toute matière où une solution négociée/conciliation est envisagée, les parties gardent le droit de citer l'autre partie en justice avant que le délai de prescription ne soit écoulé. L'assignation de l'autre partie, pendant une procédure de conciliation, est d'ailleurs une pratique courante afin de pas être 'pris' par le délai de prescription.

Les membres représentant les organisations d'employeurs estiment qu'un délai d'un an après la fin du contrat de travail est suffisant pour introduire une action en justice. Elles soutiennent le choix du législateur de ne pas avoir adopté de délai différent en matière de discrimination.

Prévoir des délais spécifiques en matière de discrimination rendrait non seulement la situation plus complexe pour l'ensemble des acteurs, mais créerait également une différence de traitement entre les victimes de discriminations et les victimes d'infractions en droit social d'un niveau de gravité équivalent mais soumises au délai de prescription général.

Par ailleurs, un délai de prescription plus long n'est souvent pas de nature à favoriser la victime dans une matière où les éléments de preuves risquent de s'estomper avec le temps. L'importance de la célérité de l'action est à juste titre soulignée par la Commission au point 270.

Enfin, comme on le mentionne au point 184 du rapport, *'les vérifications faites a posteriori à la suite d'une plainte ne permettent souvent pas de trouver des éléments de preuve suffisants'*. Ce constat soutient la thèse selon laquelle les délais de prescription ne peuvent être trop longs. En effet dans des cas de discrimination, les personnes concernées ne se souviennent souvent plus de ce qui s'est passé ou de ce qui a été dit après un certain laps de temps. Des longs délais de prescription ne sont donc pas souhaitables.

Référence au droit étranger :

(points 261, 299 et 300, 344)

Concernant la prescription du recours : la référence faite au droit français appelle le commentaire suivant : on doit être attentif à ne pas copier des systèmes étrangers sans s'interroger sur leur contexte sociétal ou législatif qui sont souvent très différents. Par exemple le taux de syndicalisation en France qui est très bas, alors qu'il est particulièrement élevé Belgique. Les syndicats en Belgique peuvent ester en justice pour leurs membres et le font très fréquemment. Autre exemple en Grande-Bretagne où il n'existe pas de services d'inspection sociale. Les syndicats remplissent cette tâche de contrôle.

Concernant le mécanisme du partage de la charge de la preuve : un guide de bonnes pratiques devrait surtout identifier la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de nos Cours et tribunaux. Y ajouter la jurisprudence étrangère ne nous paraît pas opportun, car les systèmes de droit social et judiciaires sont très différents de pays à pays.

Concernant les sanctions éventuelles : il est important de vérifier si le type de sanction prévue à l'étranger est réellement appliqué. Lorsqu'une législation prévoit des sanctions trop lourdes, elles ne sont que rarement ou pas appliquées en pratique.

Action en cessation :

(points 275 à 277)

Les membres représentant les organisations d'employeurs s'interrogent sur la pertinence de l'action en cessation en matière de relations de travail, dans laquelle la poursuite de la relation contractuelle est souvent devenue impossible en raison du litige.

