

A woman with dark hair, wearing a dark blue shirt with a white floral pattern, is looking out a large window. The window shows a modern building with many windows. The scene is brightly lit, suggesting daytime.

2020

Les tests de
situation sur le
marché du
travail bruxellois



unia.be    

Table des matières

Introduction	2
1 Qu'est-ce qu'un test de situation ?	3
2 La législation relative aux tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale	4
3 Chiffres d'Unia en matière de discrimination à l'embauche en Région de Bruxelles-Capitale	5
4 Obstacles à la réalisation des tests de situation	7
5 Recommandations	8

Introduction

Les tests de situation regroupent un ensemble de méthodes d'enquête qui participent au rassemblement de la preuve d'une discrimination. Deux méthodes en particulier sont visées : le test de correspondance, ou test de situation, suppose l'envoi de deux profils comparables à une même offre d'emploi, qui diffèrent principalement entre eux par la présence ou l'absence d'un critère protégé par la législation bruxelloise antidiscrimination. L'appel mystère consiste quant à lui à se faire passer pour le client d'un fournisseur de biens ou de services et lui soumettre une demande discriminatoire.

Depuis leur adoption en novembre 2017 – la Région de Bruxelles-Capitale devenant ainsi pionnière sur cette question en Belgique – les tests de situation ont engendré un important engouement politique¹, médiatique, voire académique. Loin de se cantonner au domaine des relations de travail, les tests de situation sont désormais également utilisés pour démontrer la discrimination dans le logement : l'ordonnance du 21 décembre 2018 a intégré ces tests dans le Code bruxellois du Logement. Unia y a également eu recours aussi bien dans un but académique - pour la rédaction du Baromètre de la diversité - Logement² ou du Baromètre de la Diversité - Emploi³ – que dans certains dossiers individuels, avec l'aide de *legal clinics* universitaires. Enfin, Unia a mis au point une méthode destinée aux individus qui souhaitent réaliser des tests de situation⁴, celle-ci n'étant toutefois utilisable qu'en matière de logement.

La pratique des tests de situation est fréquente à l'étranger. En France, par exemple, le Défenseur des droits réalise lui-même des tests de situation pour démontrer l'existence de certaines discriminations structurelles et propose une méthodologie aux particuliers qui souhaiteraient en faire de même après avoir été victimes d'une discrimination⁵.

Plus de deux ans après l'adoption de l'ordonnance du 16 novembre 2017, le présent rapport revient sur la pratique des tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale, les obstacles que celle-ci a rencontrés ainsi que quelques pistes de solution visant à améliorer le fonctionnement de cet outil au service de la lutte contre la discrimination sur le marché du travail bruxellois.

Plus particulièrement, Unia constate que très peu de tests de situation ont actuellement été mis en œuvre en Région de Bruxelles-Capitale. Plusieurs éléments contribuent à expliquer ce phénomène : une collaboration avec l'inspection régionale de l'emploi à établir, un nombre de dossiers relativement modeste – surtout comparé à ce qui peut être présumé de la réalité des discriminations sur le marché de l'emploi bruxellois – mais également des obstacles plus structurels telle la relative lourdeur de la procédure ou l'exigence de disposer d'indices sérieux d'une discrimination et d'un signalement avant l'introduction d'un test de situation. Plusieurs possibilités sont envisagées pour renforcer l'efficacité de ces tests, notamment l'exploitation de certaines bases de données, par exemple à l'aide de techniques de

¹ Quelques mois plus tard, le législateur fédéral adoptait son propre dispositif, et le Parlement wallon réalisait une série d'auditions sur l'opportunité de se doter d'une législation comparable.

² consultable ici : <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/barometre-de-la-diversite-logement>.

³ Consultable ici : <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/barometre-de-la-diversite-emploi>.

⁴ Consultable ici : <https://www.unia.be/fr/sensibilisation-et-prevention/outils/prouver-une-discrimination-raciale-au-logement-comment-le-prouver>.

⁵ Défenseur des droits, « Le test de discrimination, une méthodologie à respecter », Fiche pratique à destination des victimes de discrimination, disponible sur <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/fiches-thematiques/le-test-de-discrimination-une-methodologie-a-respecter>.

datamining/datamatching, l'introduction de la possibilité de réaliser des tests sur la base d'indices sérieux uniquement – ceux-ci pouvant par exemple être composés d'un signalement cohérent, mais sans que ces deux conditions soient cumulatives – ou encore le renforcement des formes d'autocontrôle et de prévention au niveau sectoriel.

1 Qu'est-ce qu'un test de situation ?

Lors de l'adoption de la loi antidiscrimination du 25 février 2003 – partiellement annulée ensuite par la Cour constitutionnelle -, le législateur avait prévu qu'une présomption de discrimination pouvait naître d'un test de situation, sans définir comment celui-ci pouvait être mis en œuvre. S'intéressant à cette possibilité, la Cour constitutionnelle avait déclaré que la mise en œuvre de tests de situation était bien compatible avec la Constitution, mais que les principes généraux qui régissent ces tests devaient être contenus dans la loi plutôt que dans un arrêté d'exécution⁶. Cette possibilité n'avait pas été explicitement reprise dans la loi du 10 mai 2007 – ainsi que dans les normes régionales et communautaires – sans que la possibilité en soit pour autant exclue⁷.

En l'absence de règles prescrites par la loi, de nombreuses incertitudes planaient sur la réalisation de ces tests : quelle méthodologie devait être suivie pour qu'ils puissent être comparables ? Quelle valeur de preuve accorder à un test réussi ? Et comment équilibrer cette démarche avec le risque de provocation ? Ce manque de précisions n'a pas pour autant empêché quelques initiatives individuelles d'être reconnues par la justice⁸, sans toutefois répondre au besoin d'une plus grande sécurité juridique. Constatant la difficulté d'apporter les preuves des discriminations sur le marché du travail, le législateur a souhaité doter ses services d'inspection du travail de nouvelles méthodes d'enquête lui permettant d'effectuer certains contrôles ciblés.

Le test de situation est une forme d'enquête permettant de simuler une pratique courante en matière d'embauche afin de révéler la présence de critères discriminatoires dans le cadre d'un recrutement. Les deux modes opératoires principaux consistent en un test de comparaison ou en du *mystery shopping*, par exemple dans le secteur des titres-services. Les usages de ces tests peuvent être multiples : la création d'une présomption de discrimination dans un dossier individuel, des tests structurels exercés dans le cadre de la fonction d'autocontrôle d'un secteur d'activités, ou encore les tests « académiques » dont il est fait

⁶ C. cons., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004.

⁷ Projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, projet de loi modifiant le Code judiciaire (...), Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. Parl. 2006-2007*, DOC 51 2720/009, pp. 70-72. Christian Bayart, expert interrogé par la Commission, déclare ainsi : *“La présomption de discrimination peut être suscitée, entre autres, au moyen de tests de situation et de statistiques. D'après la loi, ces tests de situation requièrent un arrêté royal spécial. Pourtant, le rôle de ces tests de situation était et est plutôt limité dans le cadre de la loi du 25 février 2003. La loi du 25 février 2003 n'a jamais fourni une possibilité ou un fondement d'utilisation de ces tests de situation comme une sorte de méthode visant à rechercher des discriminations de manière proactive. Le test de situation s'inscrit entièrement dans le cadre du règlement de la charge de la preuve et ne pourrait donc être utilisé que dans un cas concret (présupposé) de discrimination.”*

⁸ Voir par exemple l'arrêt de la Cour du travail d'Anvers: Arbh. Antwerpen, 25 juin 2008, disponible sur www.unia.be. En matière de logement, la méthode de testing proposée par Unia aux candidats locataires a récemment été avalisée par la Cour d'appel de Bruxelles dans un arrêt du 28 septembre 2020 consultable sur www.unia.be.

référence dans les accords de gouvernement fédéral et flamand et qui visent plutôt à permettre de constater certaines discriminations systémiques sur le marché du travail.

2 La législation relative aux tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale

Le Conseil d'Etat avait affirmé la nécessité de prévoir une législation aussi solide que possible pour encadrer les tests de situation. L'intention est d'éviter deux écueils particuliers : un déséquilibre entre la lutte contre les discriminations et les autres libertés fondamentales de l'employeur, d'une part, et le risque de provocation, de méthode déloyale, d'autre part.

Premier parlement à consacrer un tel dispositif, le Parlement bruxellois adopte le 16 novembre 2017 une ordonnance visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi⁹. Elle confie à l'inspection régionale de l'emploi (IRE/GWI) le droit de prendre une identité d'emprunt pour réaliser, par voie postale, électronique ou téléphonique, l'envoi de paires de candidatures similaires à un employeur prospectif et des appels mystère. L'ordonnance prévoit que le test ne peut avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire : il n'intervient que dès lors que des indices sérieux et un signalement laissent entendre l'existence d'une discrimination préexistante, ce ne sont pas des tests proactifs.

Particularité du droit bruxellois, l'ensemble des formes de discrimination sont susceptibles d'être pénalement sanctionnées mais peuvent également faire l'objet d'une amende administrative. Innovation de l'ordonnance du 16 novembre 2017, une condamnation définitive pour discrimination peut entraîner la perte de subventions publiques. Comparativement à d'autres régions ou à l'Etat fédéral, l'inspection du travail et l'auditorat disposent donc d'un grand nombre d'outils pour poursuivre les infractions à l'interdiction de discriminer. L'adoption de cette ordonnance se fait d'ailleurs dans un contexte de mise en œuvre d'un plan en 10 points visant à garantir l'égalité dans l'accès à l'emploi. Malgré ces efforts, les discriminations restent cependant très présentes sur le marché du travail bruxellois, telles qu'illustrées par les importantes disparités socio-économiques entre différents groupes "ethniques" à qualification égale constatées par le Monitoring socioéconomique publié par Unia et le SPF Emploi¹⁰.

⁹ Ordonnance du 16 novembre 2017 visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale, *M.B.*, 21 novembre 2017.

¹⁰ Disponible ici : <https://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/monitoring-socioeconomique-2019-marche-du-travail-et-origine>

3 Chiffres d'Unia en matière de discrimination à l'embauche en Région de Bruxelles-Capitale

L'ordonnance du 16 novembre 2017 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, suite à laquelle Unia et l'inspection régionale de l'emploi ont conclu un protocole de collaboration en mai de cette même année. Dès janvier 2018, une formation est dispensée par Unia et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes aux inspecteurs concernant la mise en œuvre de cette nouvelle compétence en matière de discrimination. Les premiers dossiers sont transmis à l'inspection, en ce compris afin que soient réalisés des tests de situation. L'objet de cette collaboration reste toutefois limité par les compétences de la Région de Bruxelles-Capitale : seuls les dossiers de refus d'embauche par un employeur situé à Bruxelles peuvent être transmis à l'inspection régionale. En outre, la victime doit autoriser explicitement l'envoi du signalement à l'inspection régionale.

Une première analyse interne de ces dossiers témoigne de l'intérêt de cette collaboration avec l'inspection et de la qualité de leur travail, tout en insistant sur la nécessité d'un contact plus rapproché sur certains dossiers « difficiles », relatifs notamment au refus d'embauche pour certains emplois publics en raison de la nationalité du chercheur d'emploi ; à la discrimination fondée sur l'âge, parfois justifiée par le recruteur au nom de la recherche d'un profil « junior », indépendamment de l'expérience que détient le ou la candidat.e ; et enfin de la question des refus d'embauche se fondant sur le port de signes convictionnels.

En 2018, Unia a ouvert 59 dossiers de refus d'embauche dans la Région de Bruxelles-Capitale :

Transmis à l'inspection régionale par Unia	9
Dont tests de situation	2
Clôturés en raison d'une rupture de contact (par le requérant)	7
Refus d'autorisation du/de la requérant.e de contacter l'inspection régionale	2
Distinctions légalement justifiées	6
Uniquement demandes d'avis	10
Solutions négociées obtenues sans intervention de l'inspection	10
Introduits en justice (qu'Unia soit partie ou non)	8
Difficultés inhérentes au dossier ou dossier manifestement infondé (par ex. envoi de plaintes multiples sans le moindre indice de discrimination, compétence territoriale incertaine, justification complexe de l'employeur).	7

Deux tests de situation sont également réalisés par l'inspection régionale à la demande d'Unia, le premier concernant une discrimination fondée sur l'origine nationale, le second en raison de l'âge. Ce second test – réalisé au moyen de l'envoi de six candidatures similaires divisées sur trois tranches d'âge (20-30 ans, 30-40 ans, 40-50 ans) – est concluant, puisque seules les deux candidatures plus jeunes obtiennent une réponse positive. Une question de compétence territoriale (siège d'exploitation de l'entreprise située en Flandre, avec siège juridique situé à Bruxelles) conduit toutefois l'inspection à clôturer le dossier.

Pour 2019, un nombre comparable (58) de dossiers est ouvert pour des discriminations à l'embauche en région bruxelloise. Le nombre de dossiers envoyés à l'inspection (6) a légèrement baissé.

Transmis à l'inspection régionale par Unia.		6
	Dont tests de situation	4
Clôturés en raison d'une rupture de contact		11
Refus d'autorisation du/de la requérant.e de contacter l'inspection régionale/refus de poursuivre le signalement		6
Distinctions légalement justifiées		9
Uniquement demandes d'avis		1
Solutions négociées obtenues sans intervention de l'inspection		13
Introduits en justice (qu'Unia soit partie ou non)		3
Difficultés inhérentes au dossier ou dossier manifestement infondé (par ex. signalement manquant de sérieux).		9

Quatre demandes de testing sont introduites par Unia à l'inspection régionale, notamment en matière de convictions religieuses. L'un d'entre eux est clôturé faute de contact avec la requérante, les trois autres conduisent à un constat d'absence d'infraction.

Ces chiffres illustrent le fait que ces dossiers sont attentivement analysés avant leur envoi à l'inspection. Seuls les dossiers pour lesquels l'accord du requérant a été donné, que l'existence de la discrimination semble crédible et que l'intervention de l'inspection est jugée opportune lui sont transmis. Par ailleurs, ces chiffres témoignent également de certaines difficultés dans la mise en œuvre de tests de situation.

4 Obstacles à la réalisation des tests de situation

Comment expliquer ces résultats relativement décevants de la mise en œuvre des tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale ? Plusieurs facteurs y contribuent certainement.

- Premièrement, il faut constater le faible nombre de dossiers relatifs à la discrimination à l'embauche en Région de Bruxelles-Capitale que reçoit Unia chaque année. Cette cinquantaine de dossiers représentent moins d'un quart du total des dossiers ouverts chaque année par nos services en matière d'emploi en région bruxelloise. En outre, seule une fraction de ces signalements bruxellois sont exploitables dans le cadre d'une enquête de l'inspection régionale et d'un test de situation. Ces chiffres sont relativement surprenants compte tenu des constats scientifiques qui sont réalisés sur la stratification ethnique, sexuelle, sociale, du marché du travail bruxellois.

On peut avancer les hypothèses d'explication suivantes : bon nombre de candidat.e.s refusés pour un motif discriminatoire ignorent l'avoir été pour cette raison ; bon nombre de recruteurs ont des préférences inconscientes – des biais de sélection cognitifs – ou sont ignorants de la loi ; enfin, une part importante des victimes d'une discrimination qui en ont eu conscience ne vont pas prendre contact avec Unia, l'Institut ou l'inspection, pour diverses raisons où figure de manière importante le manque d'éléments de preuve. C'est dans ce cadre et pour répondre à cet obstacle que le législateur a envisagé la mise en œuvre de tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale.

- Deuxièmement, la procédure actuellement adoptée est relativement lourde, ce qui diminue son efficacité. Pour qu'un test de situation soit réalisé, il faut que les étapes suivantes aient eu lieu :
 - 1) Une offre d'emploi est publiée, la future victime de la discrimination y répond et un refus lui est adressé explicitement ou implicitement (absence de réponse). Ces démarches prennent généralement quelques semaines.
 - 2) La victime de la discrimination s'adresse à Unia, à l'Institut, ou à Actiris Inclusive (Service antidiscrimination). Un.e gestionnaire de dossier au sein de ces organismes est désigné.e et le dossier est traité prioritairement.
 - 3) Des échanges se font le plus rapidement possible entre le ou la gestionnaire de dossier et la victime afin d'obtenir certaines précisions : l'offre d'emploi est-elle toujours en cours ? De quels indices disposons-nous déjà pour soupçonner l'existence d'une discrimination ? Au terme de ces échanges, l'autorisation de prendre contact avec l'inspection est généralement sollicitée.
 - 4) Le dossier est transmis avec ses annexes à l'inspection, qui désigne à son tour un.e gestionnaire de dossier qui devra en prendre connaissance.
 - 5) Ce n'est qu'à ce moment que, si l'offre d'emploi est encore ouverte, l'inspecteur.trice peut envisager d'adresser un test de situation à l'employeur, quoique la méthodologie puisse prendre du temps à être élaborée.

La mise en œuvre des tests de situation sur la base d'un signalement et d'indices sérieux est donc une entreprise relativement complexe et chronophage. Plusieurs pistes de solution existent pourtant, qui permettraient de renforcer l'efficacité de ce mécanisme.

5 Recommandations

Compte tenu du nombre limité de dossiers transmis, et du faible nombre de dossiers susceptibles de faire l'objet d'un test de situation parmi ceux-ci, Unia recommande de travailler sur plusieurs pistes pour améliorer le dispositif des tests de situation en Région de Bruxelles-Capitale. Ces pistes ont pour trait commun de ne pas se contenter de contrôles purement réactifs à des signalements mais de permettre, sur la base de certains indices, de « témoins d'alerte », que certains contrôles d'office ciblés¹¹ puissent être mis en place, sans nécessairement qu'un signalement individuel ait récemment été adressé à Unia, à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ou à l'inspection¹².

- 1) La première de ces pistes prévoirait – à l'instar des travaux actuels de l'inspection fédérale du Contrôle des lois sociales – à élaborer une méthodologie en matière de datamining/datamatching, notamment en prévoyant l'exploitation de bases de données à l'aide d'algorithmes. Une recommandation sur cette question, intitulée « Concrétiser l'utilisation du datamining pour lutter contre la discrimination sur le marché du travail », a été adressée en octobre 2020 au ministre régional de l'Emploi par Unia. Une des applications possibles du datamining serait d'identifier des entreprises dont la composition du personnel contient d'importantes différences avec la moyenne de ce secteur. Par exemple, une société d'assurance d'une certaine taille dont les rangs contiendraient une majorité de travailleurs de moins de 35 ans, alors que le secteur aurait en moyenne des pyramides d'âge plus équilibrées.
- 2) Une deuxième piste consisterait à traiter plus systématiquement les bases de données existantes après une analyse attentive des données qu'elles contiennent. La liste de l'ensemble des employeurs bruxellois ayant fait l'objet d'un signalement non manifestement infondé ou légalement justifié auprès d'Unia pour une discrimination à l'embauche pourrait ainsi être transmise à l'inspection régionale de l'emploi dans le but de pouvoir prévoir des contrôles ciblés lors de la publication d'une offre d'emploi.
- 3) A terme, un certain nombre d'autres éléments seraient susceptibles de constituer des indices sérieux de la présence de discriminations au sein d'un secteur d'activité : des rapports d'autorégulation sectorielle et d'autocontrôles, dans le cas où ces rapports apportent des indications manifestes de discriminations persistantes dans des entreprises spécifiques ou des organismes publics ; ou par exemple l'absence d'autorégulation sectorielle ou d'autocontrôle, ou encore le manque de transparence vis-à-vis des services d'inspection quant aux méthodologies d'autocontrôle mises en œuvre et à l'analyse des résultats observés. Il n'est pas nécessaire, pour ce faire, d'opérer une modification législative : cette méthode pourrait être élaborée par les partenaires sociaux à la demande d'Unia ou du Ministre de l'Emploi.

¹¹ Par souci de clarté, nous utilisons, dans le cadre de ce rapport, le terme « contrôle réactif » pour désigner les contrôles qui n'interviennent que sur le fondement d'un signalement ou d'une plainte (et d'indices sérieux). Le contrôle d'office (ciblé ou non) se distingue de ce contrôle réactif, en s'affranchissant de cette condition de la plainte préalable.

¹² Voir également la recommandation n° 165 d'Unia « recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail » publiée le 31 mars 2017, dont sont issues certaines de ces recommandations : https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/FED_FR - 165 - Recherche_et_contr%C3%B4le_par_les_services_dinspection_du_travail.pdf.

- 4) Enfin, il paraît indispensable qu'un signalement puisse être aussi considéré comme un indice sérieux de discrimination : dans sa formulation actuelle, l'article 2, §4 de l'ordonnance de 2017 exige le cumul des deux critères « indices sérieux » et « signalement ». Cela pourrait avoir pour conséquence qu'un signalement individuel ne soit pas considéré comme suffisant pour permettre un contrôle, alors même qu'il aurait été évalué comme étant sérieux par Unia, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes ou l'inspection régionale. Dans un sens comme dans l'autre, le découplage des deux critères est essentiel. Unia préconise une modification de l'article 2, § 4, 2° précisant : "il n'est utilisé que sur la base d'indices sérieux de pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination directe ou indirecte, tels qu'un signalement, une plainte ou les résultats d'un datamining, auprès d'un employeur ou au sein d'un secteur d'activité déterminé".

Les tests de situation ne permettront pas, seuls, de mettre fin aux discriminations présentes sur le marché du travail bruxellois. Ce n'est d'ailleurs pas l'intention du législateur et du gouvernement bruxellois, les tests de situation s'inscrivant dans un plan en dix points visant à renforcer la lutte contre la discrimination. Toutefois, utilisés à bon escient et faisant l'objet d'un véritable suivi tant individuel que structurel, ils constituent un outil très efficace de prévention et de sanction des discriminations. Il convient donc de viser à en renforcer l'efficacité, à en favoriser la pratique et à en faire connaître l'usage auprès des acteurs de la lutte régionale contre la discrimination.



Unia

Rue royale, 138 • 1000 Brussel

T +32 (0)2 212 30 00

info@unia.be

www.unia.be



unia.be    