



**Recherche et surveillance en matière de discrimination
dans les relations de travail par l'inspection fédérale du
travail.**

RECOMMANDATION n° 165 du 31 mars 2017

Recherche et surveillance en matière de discrimination dans les relations de travail par l'inspection fédérale du travail.

RECOMMANDATION n° 165 du 31 mars 2017¹

¹ L'accord de coopération entre l'autorité fédérale, les régions et les communautés du 12 juin 2013 visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations donne à Unia la compétence « *d'adresser des avis et recommandations indépendants à tout pouvoir public en vue de l'amélioration de la réglementation et de la législation.* » (art. 5).

Table des matières

1. COMPÉTENCES CONCERNÉES	5
2. CONTEXTE	6
3. RÉSUMÉ DES RECOMMANDATIONS	7
4. RÉOLUTION FÉDÉRALE DU 2 JUILLET 2015 RELATIVE À L'INTRODUCTION DE CONTRÔLES CIBLÉS EN MATIÈRE DE DISCRIMINATION SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL	10
5. ACCORD DE COOPÉRATION DU 22 OCTOBRE 2010 ENTRE UNIA ET L'INSPECTION CONTRÔLE DES LOIS SOCIALES : ÉVALUATION ET PROPOSITIONS	12
5.1. CONTRÔLES CIBLÉS FONDÉ SUR DES « TÉMOINS D'ALERTE » TELS QUE LES RÉSULTATS DE « DATAMINING » ET D'AUTOCONTRÔLE SECTORIEL, AINSI QUE LES SIGNALEMENTS DE DISCRIMINATIONS.	12
5.1.1 <i>Problème: les contrôles réactifs fondés sur les signalements de discriminations ne suffisent pas pour assurer efficacement une application de la législation</i>	12
5.1.2 <i>Solution: mettre en œuvre le datamining par l'intermédiaire du Service d'information et de recherche sociale (SIRS) et coordonner des contrôles ciblés notamment via les cellules d'arrondissement</i>	14
5.2. TESTS DE SITUATION ORGANISÉS PAR L'INSPECTION DU TRAVAIL	17
5.2.1 <i>Problème: les méthodes d'enquête de l'inspection ne permettent pas d'identifier les formes cachées de discrimination</i>	17
5.2.2 <i>Solution: créer un cadre légal pour les tests de situation organisés par l'inspection du travail</i>	17
5.3. OBLIGATION DE CRÉER UN DOSSIER DE SÉLECTION ET DE LE CONSERVER PENDANT UN AN	23
5.3.1 <i>Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales n'a pas connaissance de toutes les candidatures présentées dans le cadre des décisions d'embauche ou de promotion</i>	23
5.3.2 <i>Solution: prévoir l'obligation de conserver toutes les candidatures dans un dossier de sélection</i> ..	23
5.4. JUSTIFICATION INTERNE DES DÉCISIONS D'EMBAUCHE, DE PROMOTION ET DE LICENCIEMENT	24
5.4.1 <i>Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales n'a pas connaissance des raisons pour lesquelles un candidat a été rejeté ou sélectionné</i>	24
5.4.2 <i>Solution: instaurer une obligation de motivation interne pour les instances publiques et les grandes entreprises</i>	25
5.5. STATUT DES INSPECTEURS CHARGÉS DE LA DISCRIMINATION AU SEIN DE L'INSPECTION CONTRÔLE DES LOIS SOCIALES (CLS)	26
5.5.1 <i>Problématique</i>	26
5.5.2 <i>Solution: des inspecteurs qui contrôlent à temps plein la législation antidiscrimination et dont certaines compétences se fondent sur la loi sur le bien-être</i>	28
5.6. CONSOLIDER LES POUVOIRS D'ENQUÊTE DU CODE PÉNAL SOCIAL POUR LES FORMES DE DISCRIMINATION DANS LES RELATIONS DU TRAVAIL QUI NE SONT PAS SANCTIONNABLES PÉNALEMENT.	30
5.6.1 <i>Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales peut-elle utiliser l'ensemble des pouvoirs d'enquête du Code pénal social pour contrôler les formes de discrimination non punissables ?</i>	30
5.6.2 <i>Solution: clarifier la disposition légale existante en la complétant</i>	31
5.7. PRÉVOIR DES AMENDES ADMINISTRATIVES DANS UN SYSTÈME DE SANCTIONS HIÉRARCHISÉES	33
5.7.1 <i>Problème: disparition des amendes administratives, même pour les formes de discrimination punissables</i>	33
5.7.2 <i>Solution: prévoir une amende administrative pour toutes les infractions à l'interdiction de discrimination civile dans les relations de travail</i>	33
6. COL-13/2013: POLITIQUE DE RECHERCHE ET DE POURSUITE SOUS LA DIRECTION DE L'AUDITORAT DU TRAVAIL	35
6.1. PROBLÈME: IL N'EST PAS CERTAIN QU'IL EXISTE UNE POLITIQUE DE RECHERCHE ET DE POURSUITE ADAPTÉE AUX SPÉCIFICITÉS DE CHAQUE ARRONDISSEMENT JUDICIAIRE	35
6.2. SOLUTION: DÉFINIR LES PRIORITÉS DE LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS PAR ARRONDISSEMENT JUDICIAIRE - COORDONNER DES CONTRÔLES CIBLÉS EN SUIVANT LE MODÈLE DU SIRS	36
7. CONTACT UNIA	36

*“Le gouvernement appliquera une tolérance zéro en matière de discrimination,
en particulier pour le marché de l’emploi.”*

(Accord de gouvernement fédéral – 9 mai 2014)

1. Compétences concernées

Monsieur Kris Peeters, Vice-Premier ministre et ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur.

Monsieur Koen Geens, ministre de la Justice.

Madame Zuhail Demir, Secrétaire d'État à la Lutte contre la pauvreté, à l'Égalité des chances, aux Personnes handicapées et à la Politique scientifique, chargée des Grandes villes.

Monsieur Philippe De Backer, Secrétaire d'État à la Lutte contre la fraude sociale, à la Protection de la vie privée et à la Mer du Nord.

Le Collège des procureurs généraux.

2. Contexte

Dans son rapport d'évaluation de la législation antidiscrimination², publié en 2016, Unia recommandait de miser davantage sur les contrôles d'office par l'inspection du travail et d'intensifier la politique de recherche et de poursuite menée par l'auditorat du travail.

Unia a également plaidé, lors des auditions parlementaires qui ont abouti à la "résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail", en faveur d'une politique à deux voies comportant à la fois une approche préventive émanant des partenaires sociaux et une stratégie de contrôle de l'application effective des législations antidiscrimination par l'inspection du travail, au moyen de contrôles ciblés indépendants de signalements individuels de cas de discrimination.

Unia entend, par l'intermédiaire de la recommandation présente, donner suite à la demande du Parlement fédéral concernant la présentation de propositions visant à améliorer l'efficacité de l'accord de collaboration du 22 octobre 2010, conclu entre Unia et la Direction générale Contrôle des lois sociales. Des propositions faites antérieurement ont été développées plus concrètement, et Unia présente également des propositions stratégiques précises dans le but de renforcer le contrôle par l'inspection du travail de l'application effective de la législation antidiscrimination dans le domaine de l'emploi. Des contrôles ciblés, effectués par l'inspection du travail, permettraient en effet à l'auditorat du travail de développer, pour chaque arrondissement, une politique de recherche et de poursuite en matière de discrimination sur le marché du travail (circulaire COL-13/2013 du Collège des procureurs généraux).

Ces propositions relatives au renforcement de l'application de la législation antidiscrimination s'adressent aux responsables politiques et aux acteurs judiciaires. Unia encourage les partenaires sociaux à prendre des initiatives supplémentaires afin de stimuler une meilleure application de la législation antidiscrimination par l'intermédiaire de l'autorégulation et de l'autocontrôle, organisés à l'échelle sectorielle. Les secteurs caractérisés par une autorégulation et par un autocontrôle fiables et transparents pourraient alors être moins soumis aux contrôles ciblés de la part de l'inspection du travail.

Unia insiste depuis de nombreuses années auprès des partenaires sociaux pour l'intégration de codes de conduite sectoriels en matière de non-discrimination dans les conventions collectives de travail. Actuellement, seul le secteur du travail intérimaire pratique l'autorégulation et l'autocontrôle de manière contraignante. La prévention et le contrôle sont pourtant indissociables et se renforcent mutuellement. Unia considère qu'une politique de contrôle efficace de la part de l'inspection du travail aura pour effet de responsabiliser les partenaires sociaux en matière de lutte contre les discriminations.

²<http://www.unia.be/fr/publications-et-statistiques/publications/evaluation-de-la-legislation-federale-antidiscrimination>

3. Résumé des recommandations

1. Unia prie le ministre de l'Emploi de prendre les mesures suivantes:

- ✓ *au sein du Conseil des ministres, rechercher un consensus au sujet des projets de lois nécessaires pour permettre des contrôles renforcés;*
- ✓ *prendre des mesures stratégiques conformes aux recommandations présentes et à la résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail.*

2. Unia propose aux ministres de l'Emploi, de la Justice, des Affaires sociales, des Indépendants et des Affaires intérieures, au Secrétaire d'État à la Coordination de la lutte contre la fraude, aux représentants de l'ONSS et de l'ONEM et au directeur du Service d'information et de recherche sociale (SIRS) de conclure un accord de coopération visant à renforcer la lutte contre la discrimination. Plus concrètement, Unia propose:

- ✓ *de charger les organes de consultation, de conseil et de soutien existants au sein du SIRS de consacrer une attention spécifique à la lutte contre la discrimination dans le cadre de leurs missions ordinaires;*
- ✓ *de créer une nouvelle cellule permanente au sein du Bureau d'orientation fédéral du SIRS, qui serait chargée de rassembler les connaissances en matière de lutte contre la discrimination et de proposer un appui aux cellules d'arrondissement, notamment par l'intermédiaire de l'exploitation de données, pour l'organisation de contrôles ciblés concernant la discrimination;*
- ✓ *de prévoir le financement requis afin de collecter des données issues de banques de données sociales existantes, et de concevoir des algorithmes en mesure d'identifier des modèles-types de discrimination (« patterns »). Cette démarche doit permettre de détecter aussi rapidement que possible, grâce à l'exploitation des données (« datamining »), des indices de discrimination structurelle dans des organismes publics, des secteurs spécifiques, des entreprises privées ou chez des intermédiaires de l'emploi.*

3. Unia prie le ministre de l'Emploi de déposer dans les meilleurs délais un projet de loi attribuant à l'inspection, ou à des tiers désignés par l'inspection, la compétence spécifique de mettre en œuvre des tests de situation relatifs à la discrimination dans le cadre des relations de travail.

Plus concrètement, Unia propose d'intégrer une nouvelle section 3/3, relative aux "tests de situation visant à constater des infractions à la législation antidiscrimination", dans le Livre 1, Titre 2, Chapitre 2, du Code pénal social.

4. Unia propose d'instaurer pour l'ensemble des organismes publics et des moyennes et grandes entreprises une obligation légale de conserver pendant un an, dans un dossier unique de sélection, toute l'information sur les candidatures reçues pour un poste à pourvoir, ainsi que sur les suites qui leur ont été données. Cette obligation peut éventuellement être instaurée par l'intermédiaire du Code pénal social et être sanctionnée par une amende administrative.

5. Unia propose d'instaurer, pour tous les organismes publics et pour toutes les grandes entreprises, l'obligation légale de motiver au niveau interne l'ensemble des décisions de sélection, de promotion ou de licenciement, et de les conserver pendant 1 an dans le dossier de sélection. Cette obligation peut éventuellement être instaurée par l'intermédiaire du Code pénal social et être sanctionnée par une amende administrative.

6. Unia propose au ministre de l'Emploi d'examiner, avec les autorités régionales et les partenaires sociaux, quelles dispositions similaires à celles décrites au point 5 pourraient s'appliquer aux bureaux de sélection et aux agences de placement professionnels.

7. Unia propose de créer, au sein du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, une nouvelle équipe d'inspecteurs "discrimination au travail", ayant pour mission principale de contrôler à temps plein l'observation de la législation antidiscrimination dans les entreprises ou dans les instances publiques présentant un comportement à risque.

8. Unia propose de modifier les arrêtés d'exécution existants qui disposent que l'inspection Contrôle des lois sociales s'assure du respect de la législation antidiscrimination, afin que, dès le moment où les faits concernés sont mis en rapport avec un critère protégé dans la législation antidiscrimination, l'équipe d'inspecteurs "discrimination au travail" reçoive également les compétences de surveiller :

- 1°) les dispositions spécifiques concernant la prévention des risques psychosociaux au travail, dont le stress, la violence et le harcèlement moral ou sexuel, ainsi que
- 2°) les dispositions relatives à la surveillance de la santé des travailleurs, telles que reprises dans la loi sur le bien-être au travail du 4 août 1996 et ses arrêtés d'application.

9. Unia propose de donner à ce service d'inspection la compétence d'imposer des mesures de prévention sur base de la loi sur le bien-être au travail du 4 août 1996 , et/ou de la proposition issue de la résolution fédérale du 2 juillet 2015 concernant l'attribution d'une compétence à la Direction générale Contrôle des lois sociales pour, *“conformément à l'article 21, 3°, du Code pénal social, accorder un délai au contrevenant potentiel pour qu'il se mette en règle. L'employeur doit prouver dans ce délai qu'il a pris des mesures claires afin de prévenir toute forme de discrimination sur le marché du travail. Ces mesures doivent être SMART (spécifiques, mesurables, atteignables, réalistes et temporelles).”*

10. Unia propose de compléter les articles 32 de la loi antidiscrimination et 34 de la loi antiracisme par un paragraphe conférant, à l'inspection Contrôle des lois sociales, une base juridique claire qui lui permette d'utiliser, dans le cadre de sa mission de contrôle des formes de discrimination non punissables relatives aux relations de travail, les pouvoirs d'enquête prévus par le Code pénal social. Cette disposition peut être conçue suivant le modèle de l'article XV.17. § 2 du Code de droit économique.

11. Unia propose de prévoir, par l'intermédiaire du Code pénal social, une amende administrative pour toutes les infractions de discrimination dans les relations de travail qui relèvent du droit civil (à savoir l'article 14 de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007 et l'article 12 de la loi antiracisme du 30 juillet 1981).

12. Unia suggère d'examiner la possibilité, pour les services d'inspection chargés du contrôle, de proposer une indemnisation forfaitaire civile en cas d'infraction aux lois antidiscrimination. Une cotisation de solidarité de ce type peut contribuer à compenser l'impact budgétaire de l'application de mesures supplémentaires de contrôle par les autorités.

13. Unia propose au Collège des procureurs généraux et au ministre de la Justice d'organiser la lutte contre les discriminations sur le marché de l'emploi par arrondissement judiciaire, en suivant le modèle de la lutte contre la fraude sociale. L'auditeur du travail est responsable des priorités et de la coordination de la cellule d'arrondissement du SIRS, dont font également partie les services d'inspection fédéraux et régionaux.

4. Résolution fédérale du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail

La résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail³ appelle le gouvernement à 1°) responsabiliser les partenaires sociaux et 2°) renforcer le contrôle par l'inspection du travail de l'application de la législation antidiscrimination.

Plus concrètement, le parlement demande au ministre de l'Emploi d'encourager les partenaires sociaux à concevoir, pour chaque secteur, des codes de bonne conduite contraignants en matière de non-discrimination.⁴ Pour que cette autoréglementation ne reste pas lettre morte, le parlement demande d'inciter les partenaires sociaux à concevoir des systèmes d'autocontrôle suivant l'exemple du secteur du travail intérimaire. La fédération patronale Federgon organise régulièrement des tests pratiques sous la forme de "mystery shopping".⁵ La transparence dans la manière dont certains secteurs organisent l'autocontrôle, d'une part, et les résultats de cet autocontrôle, d'autre part, sont considérés comme essentiels. Le parlement préconise aussi que les commissions paritaires fassent savoir à la Direction générale Contrôle des lois sociales quels sont les employeurs qui ne respectent pas l'autorégulation et qui persistent à appliquer des pratiques discriminatoires.

Pour le parlement, l'inspection Contrôle des lois sociales doit pouvoir, sur la base de ces données, donner au contrevenant potentiel un délai pour se mettre en règle.⁶ Si des mesures préventives adéquates ne sont pas prises pendant ce délai, l'inspection peut demander à un juge d'instruction l'octroi de pouvoirs d'enquête complémentaires.⁷

Selon la résolution, il est possible de mettre en œuvre cette méthode avec effet immédiat pour les institutions publiques fédérales. Les entreprises du secteur privé qui n'ont toujours pas organisé d'autocontrôle suffisant deux ans après l'adoption de la résolution, ou qui sont insuffisamment transparentes selon l'inspection, devraient également pouvoir faire l'objet de contrôles ciblés à partir de juillet 2017.

³ DOC 54 1108/006 (2014/2015)

⁴ Les partenaires sociaux se sont engagés en 2008 via la CCT n° 38 à définir des codes de conduite en matière d'égalité de traitement dans le recrutement et la sélection des travailleurs. Unia a proposé d'étendre ces codes de bonne conduite à toutes les phases de la relation de travail via la CCT n° 95 (CECLR, [Rapport annuel Discrimination/Diversité 2008](#), p. 13-17). Le secteur du travail intérimaire est l'un des rares secteurs ayant effectivement appliqué cet engagement interprofessionnel (Convention collective de travail du 3 octobre 2011 relative au Code de bonnes pratiques visant à prévenir la discrimination).

⁵ Le parlement propose d'organiser cet autocontrôle par l'intermédiaire des partenaires sociaux.

⁶ Une nouvelle disposition doit être intégrée à cet effet à l'article 21, 3°, du Code pénal social.

⁷ Le parlement semble considérer qu'une enquête judiciaire dirigée par un juge d'instruction suffit à établir une discrimination. Voir, dans la suite du document, le point 5.2 concernant le "mystery shopping".

Unia prie le ministre de l'Emploi de prendre les mesures suivantes :

- ✓ *rechercher, au sein du Conseil des ministres, un consensus afin d'approuver les projets de lois nécessaires pour permettre des contrôles renforcés;*

- ✓ *prendre des mesures stratégiques conformes aux recommandations présentes et à la résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail.*

5. Accord de coopération du 22 octobre 2010 entre Unia et l'inspection Contrôle des lois sociales : évaluation et propositions

5.1. Contrôles ciblés fondé sur des « témoins d'alerte » tels que les résultats de « datamining » et d'autocontrôle sectoriel, ainsi que les signalements de discriminations.

5.1.1 Problème: les contrôles réactifs fondés sur les signalements de discriminations ne suffisent pas pour assurer efficacement une application de la législation

En matière de discrimination l'inspection Contrôle des lois sociales (CLS) mène jusqu'ici principalement des contrôles réactifs, fondés sur les signalements de discrimination que lui transmet Unia ou bien qu'elle réceptionne directement. Ces contrôles purement réactifs sont d'une efficacité restreinte pour endiguer le problème persistant de la discrimination sur le marché de l'emploi⁸ :

Les victimes ignorent en effet généralement que leur candidature n'a pas été retenue en raison de critères discriminatoires. Elles ne connaissent pas les raisons qui ont présidé au choix du candidat finalement retenu. Même lorsqu'elles ont une présomption d'avoir été ou d'être discriminées, elles ne connaissent bien souvent pas leurs droits ou bien renoncent, pour diverses raisons, à signaler leur cas à Unia⁹. Lorsque par contre un cas a effectivement été signalé à Unia, il n'est souvent plus utile de faire appel à l'intervention de l'inspection (par exemple parce que des éléments de preuve suffisants sont déjà réunis pour engager directement un dialogue avec l'employeur, au sujet d'une solution négociée comportant des mesures de réparation et de prévention). Dans d'autres circonstances, il n'est pas souhaitable de faire appel à l'inspection, par exemple si l'auteur du signalement ne veut pas que l'inspection intervienne, si le témoin se retrouve dans une position délicate à l'égard de son employeur, s'il est exclu de constater formellement la discrimination par l'intermédiaire de l'inspection dans des situations de parole contre parole,...

Il est par conséquent crucial, pour mieux garantir l'application effective de la législation antidiscrimination, que l'inspection dispose d'indications supplémentaires par rapport aux seules plaintes individuelles, qui lui permettent de procéder à des contrôles d'initiative - un service d'inspection ne pouvant en effet rechercher des éléments de discrimination auprès d'une entreprise ou d'une organisation sélectionnée au hasard ("*fishing expedition*"). Pour que des "contrôles ciblés" soient possibles, l'inspection du travail doit donc disposer de

⁸ Des études scientifiques démontrent que les candidats d'origine étrangère, handicapés ou plus âgés ont moins de chances d'être convoqués à un entretien d'embauche. Voir par exemple : *Baromètre de la diversité Emploi (2012)*, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

⁹ Voir par exemple : [L'accès à la justice en cas de discrimination dans l'UE - Vers une plus grande égalité](#) (2012), Fundamental Rights Agency (FRA).

"témoins d'alerte" indiquant préalablement dans quels secteurs, instances publiques ou entreprises des candidats, des intérimaires ou des travailleurs courent objectivement un risque accru de discrimination.

Ces "témoins d'alerte" peuvent être notamment, mais pas exclusivement:

- ✓ *des signalements de discrimination émanant de travailleurs ou de demandeurs d'emploi, éventuellement vérifiés et transmis à l'inspection du travail par les instances publiques responsables de l'égalité de traitement, à savoir Unia et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH) ;*
- ✓ *des résultats d'autorégulations et d'autocontrôles sectoriels¹⁰, révélant des indications manifestes de discrimination dans certaines entreprises ou certains organismes publics ;*
- ✓ *l'absence d'autorégulation ou d'autocontrôle au niveau sectoriel, ou encore le manque de transparence à l'égard des services de l'inspection du travail quant à la méthodologie utilisée ou les résultats de leur mise en œuvre ;*
- ✓ *des analyses statistiques indiquant, grâce au croisement de données agrégées issues de bases de données sociales et administratives (« datamining »), des modèles-type de discrimination potentielle (« patterns ») dans des entreprises ou des organisations publiques spécifiques.*

Le *datamining* est une méthode de recherche établissant des liens statistiques via l'analyse algorithmique de bases de données publiques existantes (comme par exemple la Banque Carrefour de la Sécurité sociale), et via l'enregistrement systématique des constatations des différents services d'inspection. Cette méthodologie permet également de découvrir dans quelles instances publiques, entreprises ou organisations il existe des indications objectives de politiques discriminatoires en matière de personnel, ainsi que d'établir les profils de risque des contrevenants potentiels et de découvrir le "mode opératoire" de ces discriminations. Il est possible, grâce à cette méthodologie, de savoir à quel niveau des contrôles ciblés seraient indiqués et de quelle manière il conviendrait de les organiser.

Afin d'endiguer la discrimination sur le marché de l'emploi, Unia souligne l'importance de passer de contrôles exclusivement réactifs basés sur des signalements de discriminations à des contrôles ciblés basés sur des "témoins d'alerte".

¹⁰ Voir à cet égard la résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail (DOC 54 - 1108/006) et la résolution de la Région flamande du 28 octobre 2015 concernant la sensibilisation, la prévention et l'observation des dispositions en matière de discrimination sur le marché de l'emploi à l'égard des personnes issues de l'immigration : « *Vlaamse Resolutie van 28 oktober 2015 betreffende de sensibilisering, preventie en handhaving inzake discriminatie op de arbeidsmarkt van personen met een migratieachtergrond* » (415, 2014-2015 – n° 5).

5.1.2 Solution: mettre en œuvre le datamining par l'intermédiaire du Service d'information et de recherche sociale (SIRS) et coordonner des contrôles ciblés notamment via les cellules d'arrondissement

Unia propose, pour la mise en œuvre de contrôles antidiscrimination ciblés, de rechercher une complémentarité avec des structures existantes opérant dans le cadre de la lutte contre la fraude sociale.

Une structure centrale, appelée Service d'information et de recherche sociale (SIRS), a été créée afin de coordonner l'action des services d'inspection sociale, dans le but de renforcer la lutte contre le travail au noir et la fraude sociale. Le SIRS a notamment pour vocation de favoriser la collaboration entre les différents services d'inspection fédéraux et régionaux, la police et des acteurs judiciaires tels que l'auditorat du travail et le parquet.

Le SIRS est un service général qui ne mène aucune enquête de recherche, mais joue un rôle de coordination et de support dans la lutte contre la fraude sociale. Chacun de ses organes peut jouer un rôle important dans la lutte contre la discrimination:¹¹

- ✓ *L'Assemblée générale des partenaires est un organe d'avis et de concertation, qui formule des recommandations adressées aux ministres compétents en vue de modifier la législation existante. Elle se compose notamment de hauts fonctionnaires des services publics et des services d'inspection, d'un procureur général représentant le Collège des procureurs généraux, de représentants des Régions et de représentants des partenaires sociaux.*
- ✓ *le Bureau fédéral d'orientation (le "Bureau") élabore un plan stratégique et des plans opérationnels afin de mettre en exécution et de suivre la politique du gouvernement dans la lutte contre la fraude sociale. Il soutient les efforts visant à donner aux services d'inspection un accès intégral à l'ensemble des bases de données nécessaires à la réalisation de leurs missions de contrôle. Le Bureau réalise des études et exploite les données avec l'aide d'analystes, son objectif étant de piloter les opérations de contrôle des services d'inspection au sein des cellules d'arrondissement du SIRS et d'assurer le bon déroulement de ces contrôles.*
- ✓ *les cellules d'arrondissement sont les branches opérationnelles, organisées dans chaque arrondissement judiciaire. Elles sont présidées par l'auditeur du travail, lequel est responsable de l'organisation et de la coordination des contrôles relatifs à l'observation des différentes législations sociales en rapport avec le travail illégal et la fraude sociale, de même qu'il organise les formations nécessaires. La cellule se compose de représentants des différents services d'inspection sociale, notamment des services d'inspection chargés des contrôles en rapport avec la politique régionale de l'emploi. Un magistrat du parquet du procureur du roi et un représentant de la police fédérale font également partie de la cellule d'arrondissement.*

¹¹ Voir les articles 3 à 15 du Code pénal social.

Unia souligne que la lutte contre la discrimination constitue une forme de lutte contre la fraude sociale. L'accord SIRS a également pour objectif de renforcer l'efficacité de la collaboration dans la lutte contre la discrimination entre les services d'inspection du travail, les services d'inspection sociale, la police et le ministère public, aux niveaux régional et fédéral:

"La coopération visée concerne:

— [...] toute collaboration qui peut contribuer à une lutte encore plus efficace contre le travail illégal et la fraude sociale entre autres dans les domaines de la traite des êtres humains, du trafic d'êtres humains, de la mise à disposition de travailleurs, des bureaux de placement payants, des mesures pour l'emploi et de la lutte contre la discrimination (nous soulignons) et ceci en tenant compte des règles organisationnelles en vigueur, des compétences et des objectifs administratifs de chacune des parties signataires."¹²

Le SIRS dépend directement des ministres de l'Emploi, de la Justice, des Affaires sociales et des Indépendants, et du Secrétaire d'État à la Coordination de la lutte contre la fraude. Une cellule permanente mixte de soutien a été créée par l'intermédiaire du protocole d'accord relatif à la lutte contre la fraude sociale grave et organisée. Elle se compose de quatre inspecteurs sociaux, d'un analyste et de deux inspecteurs de police détachés auprès du SIRS. Suivant le modèle de la cellule de soutien contre la fraude au carrousel TVA, cette cellule de soutien échange ses expériences et son savoir-faire afin de déterminer des variables d'analyse utilisables pour lutter efficacement par le moyen du datamining contre la fraude sociale grave et organisée. En outre, un plan d'action annuel est dressé, dans lequel les hauts fonctionnaires des services d'inspection sociale, du SIRS, des services de police et du ministère public définissent les secteurs à risque.

Une cellule de soutien similaire pourrait être chargée d'établir, dans la base de données, des liens statistiques révélant différents scénarios de discrimination: par exemple les entreprises qui licencient systématiquement des travailleurs âgés, les organisations qui embauchent des personnes d'origine belge et d'origine étrangère via une agence intérimaire, mais qui ne proposent des emplois salariés fixes qu'aux personnes d'origine belge, les entreprises qui licencient systématiquement des personnes après une période d'incapacité de travail, etc. Cette exploitation des données donne la capacité d'identifier les employeurs présentant un profil à risque pour certaines formes graves de discrimination fondées sur l'âge, l'origine ethnique, le handicap, etc.

Ce datamining peut constituer l'un des principaux "témoins d'alerte" pour l'organisation de contrôles antidiscrimination ciblés, assurés par les services d'inspection fédéraux et régionaux responsables du contrôle de la législation antidiscrimination. L'auditeur du travail peut éventuellement, sur la base de ces données, coordonner des actions de contrôle ciblées dans le cadre des cellules d'arrondissement du SIRS. L'exploitation des données permet de ne viser que les entreprises ou les instances publiques dans lesquelles les données agrégées révèlent des indices de discrimination.

¹² Art. I. 1.1 de l'accord de coopération du 1^{er} juin 2011 entre l'Etat fédéral et les Régions et les Communautés concernant la coordination des contrôles en matière de travail illégal et de fraude sociale.

- ✓ *Unia propose aux ministres de l'Emploi, de la Justice, des Affaires sociales, des Indépendants et des Affaires intérieures, au secrétaire d'État à la Coordination de la lutte contre la fraude, aux représentants de l'ONSS et de l'ONEM, ainsi qu'au directeur du SIRS, de conclure un accord de coopération¹³ visant à renforcer la lutte contre la discrimination.*

Plus concrètement, Unia propose:

- ✓ *de charger les organes de consultation, de conseil et de soutien existants du SIRS¹⁴ de consacrer une attention particulière à la lutte contre la discrimination dans le cadre de leurs missions ordinaires;*
- ✓ *de créer une nouvelle cellule permanente au sein du Bureau d'orientation fédéral du SIRS, qui serait chargée de rassembler les connaissances dans la lutte contre la discrimination et proposerait un appui, par l'intermédiaire de l'exploitation des données notamment, aux cellules d'arrondissement, afin de permettre des contrôles ciblés concernant la discrimination;*
- ✓ *de prévoir le financement requis afin de collecter des données issues de banques de données sociales existantes, et de concevoir des algorithmes en mesure d'identifier des modèles-types de discrimination (« patterns »). Cette démarche doit permettre de détecter aussi rapidement que possible, grâce à l'exploitation des données (« datamining »), des indices de discrimination structurelle dans des organismes publics, des secteurs spécifiques, des entreprises privées ou chez des intermédiaires de l'emploi.*

¹³ Par analogie avec l'accord de coopération relatif à la lutte contre la fraude sociale grave et organisée.

¹⁴ L'Assemblée générale des partenaires et le Bureau fédéral d'orientation.

5.2. Tests de situation organisés par l'inspection du travail

5.2.1 Problème: les méthodes d'enquête de l'inspection ne permettent pas d'identifier les formes cachées de discrimination

L'inspection du travail a déjà la possibilité d'obtenir l'accès au lieu de travail, de saisir des documents sociaux, d'accéder aux applications informatiques sur lesquelles des données sociales sont sauvegardées, etc.¹⁵ Elle peut exercer ces compétences d'initiative, ou sur instruction de l'auditorat du travail ou du parquet, dans le cadre d'une enquête de recherche - ou encore du juge d'instruction dans le cadre d'une enquête judiciaire.

L'accord de coopération conclu entre Unia et l'inspection Contrôle des lois sociales a donné peu de résultats concrets jusqu'ici. Pourtant, les contrôles effectués par l'inspection nécessitent un investissement relativement important. À notre connaissance, un seul *pro justitia* a été dressé depuis 2010 sur la base des signalements d'Unia, à la suite d'e-mails à charge, qui étaient déjà en possession des personnes lésées et qu'Unia a transmis à l'inspection. Les rapports administratifs d'inspections, reçus par Unia, contenaient eux aussi, en règle générale, des éléments à charge insuffisants pour pouvoir lancer des négociations avec un employeur au sujet de mesures de prévention et de réparation.

La difficulté de prouver une discrimination, même après un contrôle d'inspection, découle du fait que les employeurs veillent à n'indiquer aucun critère discriminatoire par écrit (dans les bases de données, les documents internes ou les e-mails). L'inspection du travail a retrouvé des instructions explicites dans ce sens dans certaines agences de travail intérimaire. Malgré la protection contre les représailles qu'offre la loi, les (anciens) collaborateurs hésitent à présenter des témoignages à charge contre leur supérieur ou leur employeur.

Les décisions de sélection relatives aux relations de travail se caractérisent de surcroît par leur marge d'appréciation considérable, laquelle découle de facteurs aussi bien professionnels que subjectifs. Cette marge d'appréciation large permet de dissimuler des critères de choix discriminatoires derrière la multiplicité de ces facteurs.

5.2.2 Solution: créer un cadre légal pour les tests de situation organisés par l'inspection du travail

Compte tenu du fait que les interactions et les injonctions discriminatoires s'opérationnalisent aujourd'hui principalement oralement ou par téléphone, de nouvelles méthodes d'enquête s'imposent, qui reproduisent les situations quotidiennes. Il s'agit principalement de contacts téléphoniques ou de l'envoi jumelé d'un CV et d'un CV de référence, ainsi que du rôle simulé de candidat ou de client dans le cadre d'entretiens de sélection ou de contacts personnels. La doctrine utilise divers concepts à cet effet: « tests pratiques, tests de situation, mystery calls, mystery shopping,... »

¹⁵ Voir les articles 23 à 49/3 du Code pénal social.

Unia utilise l'expression "*tests de situation*" comme terme générique, désignant un test qui consiste à simuler une situation pratique courante, afin de vérifier de manière aussi précise que possible si l'employeur ou l'intermédiaire concerné se rend coupable d'une discrimination ou bien répond positivement à une demande discriminatoire. Cette méthode permet d'exclure au maximum les critères de sélection autorisés ou subjectifs, afin d'isoler une différence de traitement sur la base d'un critère protégé spécifique.

Des experts juridiques ont confirmé, tant pendant les séances de la Commission des Affaires sociales du parlement fédéral en mai 2015, que dans un avis écrit adressé au gouvernement flamand, ainsi que lors d'auditions au Parlement bruxellois en décembre 2016, que l'inspection pouvait organiser des tests pratiques à condition « *qu'une disposition légale ou réglementaire lui attribue explicitement cette compétence.* »¹⁶

Pour que le test de situation soit possible, le législateur doit définir sa base juridique, mais aussi ses modalités et sa valeur probante. Selon le Conseil d'État, « *une question aussi délicate, et qui met en cause des principes constitutionnels, ne peut être abandonnée à la compétence du Roi mais doit être réglée, à tout le moins quant aux principes essentiels, par le législateur lui-même, à qui il appartient de trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (article 10 et 11 de la Constitution) et les autres droits et libertés fondamentales, et de veiller ainsi à ce que les «tests de situation» ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux.* »¹⁷

Une exemption légale de l'obligation de légitimation préalable des inspecteurs sociaux est tout d'abord nécessaire (article 20 du Code pénal social). Cette obligation de légitimation découle de l'article 12.2 de la Convention n° 81 de l'OIT. Des exemptions de l'obligation de légitimation des inspecteurs sociaux existent toutefois lorsque cette légitimation préalable empêche la constatation des infractions. Ce point a été confirmé dans un avis du service d'étude du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale à la demande d'Unia¹⁸, et d'un avis de l'Organisation internationale du travail à la demande du ministre bruxellois de l'Emploi et de l'Économie.¹⁹

Unia préconise de mettre en œuvre les tests de situation seulement lorsqu'il existe préalablement des indications objectives de discrimination (les "témoins d'alerte"). Le test doit en outre être dépourvu d'incitation ou de provocation. Effectuer une demande discriminatoire dans un contexte où les indications susmentionnées ont été relevées ne constitue pas une provocation ou une incitation interdite.²⁰

¹⁶ Avis du 3 avril 2015 de Maîtres Véronique Pertry, Bart Martel et Tom Bauwens adressé à la Communauté flamande, au Département de l'Emploi et de l'Économie sociale, concernant la problématique de la discrimination dans le système des titres-services.

¹⁷ Chambre des Représentants 2001-2002, Projet de loi p 1578/2 (avis du Conseil d'État n° 32.967/2), p. 9.

¹⁸ Avis du 12 octobre 2015 portant la référence WEA/AFDJUR/HC/18461.

¹⁹ Compte rendu intégral de la séance de la Commission des Affaires économiques et de l'Emploi du 15/12/2016, p. 57 - <http://weblex.irisnet.be/data/crb/biq/2016-17/00036/images.pdf>

²⁰ La Cour de Cassation a estimé dans "l'arrêt voiture-appât" du 17 mars 2010 qu'il n'existe pas de provocation lorsque la police crée une situation courante, par exemple lorsqu'elle laisse un porte-documents dans un véhicule verrouillé. Le caractère "courant" d'une situation peut être établi factuellement, par exemple par le moyen de reportages journalistiques sous couverture, d'études scientifiques, de baromètres sur la

La reproduction de situations pratiques courantes dans les dossiers de discrimination n'est souvent possible, concrètement, qu'en commettant des infractions pénales mineures (par exemple l'utilisation d'un faux nom, l'enregistrement d'une conversation téléphonique par un fonctionnaire²¹,...). Pour cette raison, une disposition de loi devrait prévoir que les fonctionnaires commettant les faits répréhensibles strictement nécessaires à l'exercice de leur mission seront exemptés de peine.

Remarque: une enquête judiciaire ne semble généralement pas indiquée.

La résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail considère que "[...] *des contrôles ciblés peuvent être réalisés dans le cadre d'une instruction afin de réunir des éléments de preuve en vue de l'établissement d'un procès-verbal.*" Une enquête judiciaire est effectuée sous la direction d'un juge d'instruction qui dispose des compétences les plus complètes pour mandater les services de police et le parquet, en vue de faire usage de méthodes de recherche particulières (par exemple des écoutes ou des enregistrements de conversations téléphoniques privées, des opérations sous couverture, des pseudo-ventes, etc.). L'intervention d'un juge d'instruction est essentielle dans ce cadre, puisque les droits fondamentaux des citoyens, leur vie privée notamment, peuvent en être affectés. Ces méthodes particulières de recherche sont réservées à une liste limitée de délits graves. Les délits de discrimination ne figurent pas dans cette liste. En outre, les peines prévues pour les formes de discrimination sanctionnées pénalement (discrimination intentionnelle fondée sur la race et le genre) ne sont pas suffisamment lourdes pour justifier le recours à des méthodes particulières de recherche.

Un contrôle effectué par l'inspection du travail n'est pas comparable à une situation dans laquelle les services de police et le parquet doivent demander l'autorisation du juge d'instruction pour enquêter par l'intermédiaire de techniques de recherche intrusives dans la vie privée de citoyens. L'inspection sociale, puisqu'elle limite son contrôle aux relations de travail et que le droit de regard qu'elle demande ne concerne que les documents sociaux, dispose de pouvoirs d'enquête plus larges en vertu du Code pénal social pour constater, d'initiative ou à la demande des autorités judiciaires, des infractions à la législation sociale.

La compétence de recourir aux tests de situation peut, selon Unia, être intégrée parmi les compétences d'initiative de l'inspection, définies dans le Code pénal social. Cela permettrait

diversité, etc. La proposition d'une somme d'argent en contrepartie d'une discrimination est par contre un exemple manifeste d'incitation interdite.

²¹ Il est possible de déduire, sur la base de la jurisprudence de la Cour de Cassation, que l'enregistrement d'une communication purement professionnelle par un des participants, en tant que preuve de droit, ne bénéficie pas toujours de la protection de la vie privée. Dans un arrêt du 9 septembre 2008, la Cour a estimé qu'il incombait au juge d'apprécier la compatibilité avec l'article 8 de la CEDH sur la base des données concrètes de l'affaire. Le critère de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée est important sur ce plan. Ce critère porte entre autres sur le contenu et les circonstances de l'entretien, notamment sur le degré d'intimité entre les participants à l'entretien.

également à l'auditeur du travail d'assurer la coordination de ces contrôles via la cellule d'arrondissement du SIRS, au sein de laquelle les services fédéraux et régionaux d'inspection du travail sont représentés, et au sein de laquelle l'auditorat est en mesure de déterminer les modalités concrètes et les conditions annexes du contrôle.²²

Le test de situation permet à l'inspection du travail, en présence d'indices concrets de discrimination, de constater de manière fiable s'il y a présomption de discrimination au sens légal du terme. Il s'agit d'un élément essentiel pour compléter les propositions antérieures concernant l'organisation de contrôles ciblés sur la base de témoins d'alerte. L'inspection du travail dispose de surcroît d'un "pouvoir d'appréciation". En vertu de ce pouvoir, les constatations effectuées dans le cadre de tests de situation peuvent être assorties d'un système de réactions progressives et proportionnelles (communication d'informations, avertissement, demande de régularisation, apport d'une preuve complémentaire dans une procédure civile, établissement d'un *pro justitia*,...).

Unia souligne également, dans ce cadre, la recommandation d'attribuer à l'inspection le pouvoir d'octroyer à un contrevenant potentiel un délai pour se mettre en règle. L'employeur devrait prouver dans ce délai qu'il a pris des mesures claires de prévention de toute forme de discrimination sur le marché du travail. Par ailleurs, la proposition consistant à permettre l'application d'amendes administratives en cas d'infractions à la législation antidiscrimination contribue à la mise en place d'un système de sanctions progressives et proportionnées.

Unia souligne qu'il existe déjà des législations qui donnent à l'Inspection économique et à l'Autorité des Services et Marchés Financiers (FSMA) le pouvoir de faire du "mystery shopping" dans certains cas précis:

Article XV.17. §1 du Code de droit économique²³:

"En vue de la recherche et de la constatation des infractions aux dispositions du livre VII et de ses arrêtés d'exécution, les agents visés à l'article XV. 2 disposent de la compétence d'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. Sont exemptés de peine les agents visés à l'article XV. 2 qui commettent dans ce cadre des infractions absolument nécessaires.

Ils peuvent pour cela exercer les compétences visées aux articles XV.3, 2° et XV.4. Plus particulièrement, en vue de la recherche et de la constatation des infractions aux dispositions du Règlement (UE) n° 2015/751, à l'exception de son article 7, ainsi que des infractions aux dispositions de l'arrêté royal pris en exécution de l'article VII.63/1 et de l'article VII.63/2 du Code de droit économique, ils peuvent consulter la Banque qui, le cas échéant, leur prête assistance et leur communique les informations confidentielles

²² Voir ci-dessus le point 3.1.2 concernant la cellule d'arrondissement et, ci-dessous, le point 6 concernant la circulaire COL-13/2013.

²³ Introduit par la loi du 19 avril 2014.

conformément à l'article 36/14, 17°, de la loi du 22 février 1998 fixant le statut organique de la Banque nationale de Belgique.]²

La ou les personnes concernées faisant l'objet des constatations ne peuvent être provoquées au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'Instruction criminelle.

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.

Sauf lorsque les constatations portent sur le respect d'une ou plusieurs dispositions du livre VII, titre 4, chapitre 4, les agents visés à l'article XV. 2 peuvent dresser un procès-verbal d'avertissement ou un procès-verbal ou proposer une sanction administrative s'appuyant entre autres sur les constatations effectuées conformément au premier alinéa.

Si un procès-verbal d'avertissement, un procès-verbal ou une sanction administrative s'appuient entre autres sur les constatations effectuées conformément au premier alinéa, l'entreprise en est informée au préalable, soit par la communication d'une copie du procès-verbal d'avertissement ou du procès-verbal, soit au plus tard un mois avant le début de la procédure d'infliction d'une sanction administrative.

§ 2. Les agents visés à l'article XV. 2 sont également compétents pour rechercher et constater les actes qui, sans être punissables, peuvent faire l'objet d'une action en cessation formée à l'initiative du ministre. Les procès-verbaux dressés à ce propos font foi jusqu'à preuve du contraire.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les agents visés à l'alinéa 1er disposent des pouvoirs mentionnés à l'article XV.3, 1° à 3° et 5°. "

Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, Chapitre III, Section 11. Mystery shopping, article 87quinquies²⁴:

*"Pour exercer son contrôle du respect des règles visées à l'article 45, § 1er, alinéa 1er, 3°, et § 2, la FSMA peut charger des membres de son personnel ou des tiers mandatés par ses soins de se rendre auprès des entreprises ou des personnes visées à l'article 45, § 1er, alinéa 1er, 2° et 3°, ainsi qu'auprès de leurs dirigeants effectifs et employés, des agents indépendants agissant pour leur compte et des collaborateurs de ces derniers, en se présentant comme des clients ou clients 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.
[...]."*

- ✓ *Unia recommande au ministre de l'Emploi de déposer un projet de loi attribuant à l'inspection ou à des tiers désignés par l'inspection la compétence spécifique de*

²⁴ Introduit par la loi du 30 juillet 2013.

réaliser des tests de situation sur le plan de la non-discrimination, dans le cadre des relations de travail.

- ✓ *Plus concrètement, Unia propose d'intégrer une nouvelle section 3/3, relative aux tests de situation visant à constater des infractions de la législation antidiscrimination, dans le Livre I, Titre 2, Chapitre 2 du Code pénal social.*
- ✓ *Cette disposition peut être conçue par analogie avec l'article XV.17. § 1 du Code de droit économique, portant sur le mystery shopping. Cet article de loi contient notamment une exception légale à l'obligation de légitimation préalable des inspecteurs sociaux (article 20 du Code pénal social), une disposition réglant la valeur probante des constatations faites par l'intermédiaire du "mystery shopping", ainsi qu'une exemption de peine pour les fonctionnaires commettant des infractions strictement nécessaires à cet effet.*
- ✓ *La possibilité, pour l'inspection, de recourir à des tiers se présentant en tant que clients potentiels ou candidats travailleurs peut être reprise du dispositif de l'article 87quinquies de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et des services financiers.*
- ✓ *Etant donné que des enquêtes visant à objectiver des situations de discrimination doivent pouvoir recourir à diverses méthodologies de « testing », en sus de celle du mystery shopping, Unia propose d'adapter le premier alinéa de l'article XV.17. § 1 du Code de droit économique de la façon suivante :*
- ✓ *« En vue de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination, de même qu'à ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs sociaux ont la compétence, en présence d'indications objectives de discrimination dans le chef d'un employeur, d'un employeur potentiel ou d'un intermédiaire de l'emploi, de simuler artificiellement une situation réelle pour vérifier si une discrimination fondée sur un critère protégé a, est, ou aurait été commise.*

Les inspecteurs sociaux peuvent également exercer cette compétence sur base de :

- ✓ *signalements de discrimination transmis par les institutions de promotion de l'égalité de traitement Unia ou l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH) ;*
- ✓ *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 ;*
- ✓ *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 ;*
- ✓ *analyses statistiques réalisées sur base de croisements de données agrégées extraites des banques de données sociales, indiquant des modèles-types de discrimination potentielle dans des entreprises spécifiques ou des organismes publics (« datamining »).*

Plus particulièrement, les inspecteur sociaux ou les tiers mandatés par l'inspection sociale peuvent effectuer, notamment, mais pas exclusivement, les actions suivantes à l'égard d'un employeur, d'un employeur potentiel ou d'un intermédiaire de l'emploi, sans devoir communiquer leur qualité et le fait que les constatations faites à cette occasion peuvent être utilisées pour l'exercice de la surveillance:

- ✓ *organiser des tests de situation par comparaison avec une personne de référence réelle ou fictive (« audits par couples »), comme l'envoi de lettres de candidature et/ou de curriculum vitae, ou encore la participation à des tests ou des entretiens de sélection ;*
- ✓ *se présenter, ou laisser un tiers mandaté se présenter, comme client ou comme client potentiel avec une demande discriminatoire, en s'abstenant de toute provocation ;*
- ✓ *se présenter, ou laisser un tiers mandaté se présenter, comme travailleur ou comme travailleur intérimaire potentiel, ou comme employeur potentiel, ou comme entreprise employant potentiellement les services de travailleurs intérimaires. [...]*

5.3. Obligation de créer un dossier de sélection et de le conserver pendant un an

5.3.1 Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales n'a pas connaissance de toutes les candidatures présentées dans le cadre des décisions d'embauche ou de promotion

L'inspection du travail peut difficilement savoir, dans le cadre des enquêtes relatives aux discriminations en matière d'embauche ou de promotion, quelles sont les personnes qui ont présenté leur candidature à l'obtention d'un poste vacant ou d'une promotion. En pratique, l'employeur, l'intermédiaire ou le responsable de sélection reçoit plusieurs candidatures, à différents moments et via différents canaux. Il est donc difficile, pour l'inspection, de connaître le nombre réel de candidats à une fonction précise.

En outre, l'inspection ne reçoit éventuellement un signalement de discrimination qu'après que le candidat ait été refusé (ou n'ait pas été recontacté). Les responsables de sélection ne conservent pas systématiquement les CV des candidats qui n'ont pas été retenus. Il est par conséquent difficile de comparer le profil et le CV du candidat sélectionné aux profils et aux CV de tous les autres candidats.

5.3.2 Solution: prévoir l'obligation de conserver toutes les candidatures dans un dossier de sélection

Il n'existe actuellement aucune obligation de conserver un dossier de sélection avec toutes les candidatures pour un poste donné durant une période précise. La législation antidiscrimination prévoit toutefois que la comparaison avec une personne de référence

peut, sur le plan civil ou administratif, déplacer la charge de la preuve vers le responsable de la sélection.²⁵ Si l'inspection constate qu'un candidat d'une catégorie d'âge ou d'une origine donnée, par exemple, est comparable sur tous les points pertinents à un candidat sélectionné qui ne possède pas cette caractéristique identitaire protégée, le responsable de sélection doit être en mesure d'indiquer les raisons précises pour lesquelles le candidat sélectionné a été jugé le plus apte.

Seule l'instauration d'une obligation de conservation du dossier de sélection peut permettre à l'inspection de découvrir un modèle-type de discrimination potentielle. Le dossier de sélection lui donne la possibilité de comparer entre eux tous les candidats à un même poste vacant. Si cette comparaison révèle que les candidats possédant une caractéristique identitaire protégée par la loi sont systématiquement exclus, ce modèle-type de discrimination peut lui aussi aboutir à un déplacement de la charge de la preuve sur le plan civil ou administratif.²⁶ Dans ce cas également, le responsable de la sélection devra pouvoir démontrer que l'exclusion repose sur des critères qui ne sont pas des critères protégés par la loi tels que l'âge ou l'origine, ou devra pouvoir fournir une justification conforme à la législation antidiscrimination.

Compte tenu du fait que la politique en matière de personnel des "petites entreprises" est généralement peu formalisée, Unia estime inadéquat de prévoir des obligations supplémentaires de conservation de documents pour ce type d'entreprise.

- ✓ *Unia propose d'instaurer, pour l'ensemble des instances publiques et des moyennes et grandes entreprises²⁷, une obligation légale de conserver pendant un an, dans un seul dossier de sélection, toutes les candidatures à un poste à pourvoir, ainsi que les suites qui leur ont été données.*
- ✓ *Cette obligation peut éventuellement être instaurée par l'intermédiaire du Code pénal social et être sanctionnée par une amende administrative.*

5.4. Justification interne des décisions d'embauche, de promotion et de licenciement

5.4.1 Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales n'a pas connaissance des raisons pour lesquelles un candidat a été rejeté ou sélectionné

En Belgique, il n'existe aucune obligation de motiver systématiquement le rejet d'une candidature auprès du candidat.²⁸ Les décisions de licenciement doivent par contre être

²⁵ Article 28 de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007, art. 30 de la loi antiracisme du 30 juillet 1981.

²⁶ Article 28 de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007, art. 30 de la loi antiracisme du 30 juillet 1981.

²⁷ Selon l'approche européenne d'une PME, une grande entreprise compte plus de 250 travailleurs, une entreprise moyenne compte entre 50 et 250 travailleurs et une petite entreprise moins de 50 travailleurs (recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des petites, moyennes et micro-entreprises.)

²⁸ CCT n° 38 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs, art. 9.

motivées par l'intermédiaire du formulaire C4, ou bien lorsque le travailleur licencié en fait explicitement la demande dans un délai court consécutif au licenciement.²⁹

Comme indiqué dans ce qui précède, les décisions de sélection dans le cadre des relations de travail se caractérisent par leur marge d'appréciation considérable, laquelle découle de facteurs de type professionnel et de type subjectif. Cette large marge d'appréciation laisse au responsable de sélection la possibilité de dissimuler d'éventuels critères discriminatoires à l'occasion d'un contrôle d'inspection.

5.4.2 Solution: instaurer une obligation de motivation interne pour les instances publiques et les grandes entreprises

Il est raisonnable d'attendre des organismes publics et des grandes entreprises qu'ils motivent en interne leurs décisions en matière de sélection, de promotion ou de licenciement. Cette obligation est déjà une réalité dans un grand nombre d'organismes publics et de grandes entreprises, en vertu de règles internes visant à rendre les décisions de sélection et de promotion plus objectives.

La Commission européenne affirme dans son évaluation d'impact³⁰ de la directive 2000/43/CE, que les employeurs ont intérêt à justifier les décisions de sélection sur le plan interne:

"Est-il nécessaire de mettre en place de nouvelles procédures administratives ?

Les entreprises devront être en mesure de justifier leurs décisions dans des domaines comme le recrutement, la promotion, l'accès à la formation et d'autres conditions de travail pour démontrer que ces décisions n'ont pas été prises sur la base de la race ou de l'origine ethnique. C'est déjà le cas dans la moitié des États membres environ. Les entreprises auront intérêt à conserver une trace de ces décisions si cette pratique n'est pas encore en vigueur actuellement."

Des projets de loi antérieurs concernant l'adoption d'une obligation de motivation pour un candidat non sélectionné ont toujours été rejetés par le Parlement fédéral. Les partenaires sociaux n'ont pas réussi non plus à trouver un accord pour instaurer une autorégulation dans ce domaine.

Pour ces raisons, Unia ne souhaite pas, dans la présente recommandation, plaider en faveur d'une obligation de motivation externe en cas de rejet de candidatures ou de sélection. Unia juge cependant raisonnable d'obliger les institutions publiques et les grandes entreprises à motiver *au niveau interne* les décisions relatives aux embauches, aux promotions et/ou aux licenciements, et à verser cette motivation dans le dossier de sélection. Cette proposition doit être lue conjointement avec la proposition précédente concernant la tenue à disposition

²⁹ CCT n° 109 concernant la motivation du licenciement.

³⁰ Commission européenne, "Proposition de directive du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement sans distinction de race et d'origine ethnique", COM 1999/0253 (CNS)), p. 25.

du dossier de sélection durant une année, pour le cas où l'inspection du travail lancerait une enquête pour discrimination.³¹

En cas d'impossibilité de motiver les décisions relatives à tous les candidats en raison du nombre de candidatures, il conviendrait au minimum d'indiquer les critères précis qui ont donné l'avantage au candidat finalement sélectionné. Cette disposition permettra à l'inspection de comparer ces critères, dans le cadre d'un contrôle éventuel, avec les caractéristiques du candidat s'estimant discriminé.

Compte tenu des impératifs de flexibilité et de la courte durée des contrats dans ce secteur, il ne semble pas possible d'étendre intégralement une telle obligation aux bureaux de sélection ou aux bureaux de placement professionnels. Néanmoins, des besoins identiques se posent dans ce domaine, tant pour les services fédéraux que régionaux de l'inspection du travail.

- ✓ *Unia propose d'instaurer, pour toutes les instances publiques et pour toutes les grandes entreprises, l'obligation légale de motiver au niveau interne l'ensemble des décisions de sélection, de promotion ou de licenciement et de conserver ces motivations pendant 1 an dans le dossier de sélection (voir point 3.3).*

Cette obligation peut éventuellement être instaurée par l'intermédiaire du Code pénal social et être sanctionnée par une amende administrative.

- ✓ *Unia propose au ministre de l'Emploi d'examiner avec les autorités régionales et les partenaires sociaux quelles dispositions similaires pourraient s'appliquer aux bureaux de sélection ou aux agences de placement professionnels.*

5.5. Statut des inspecteurs chargés de la discrimination au sein de l'inspection Contrôle des lois sociales (CLS)

5.5.1 Problématique

Problème 1: les inspecteurs de référence chargés de la discrimination au sein de l'inspection CLS n'ont pas pour mission principale de veiller à l'application de la législation antidiscrimination

L'inspection Contrôle des lois sociales travaille actuellement avec des "inspecteurs de référence discrimination". Ces inspecteurs effectuent un nombre limité de contrôles antidiscrimination (réactifs), en sus de leurs missions habituelles, lorsque celles-ci le leur permettent.

En ce qui concerne la discrimination, les constatations sont actuellement moins nombreuses que pour les contrôles effectués dans d'autres domaines d'inspection. D'autres infractions à la législation sociale (travail au noir, travail sous les barèmes salariaux, etc.) peuvent

³¹ Voir ci-dessus point 5.3

généralement faire l'objet de constatations factuelles, qui peuvent mener, sans trop d'enquêtes supplémentaires, à un avertissement, à une régularisation, à une amende administrative ou à l'établissement d'un *pro justitia*. Les contrôles d'inspection actuels portant sur les formes de discrimination cachée sont par contre complexes et chronophages, sans pour autant donner à chaque fois des résultats concrets.

Il importe dès lors que les efforts fournis par les inspecteurs de référence « discrimination » trouvent leur place dans le cadre de leurs missions de base et soient valorisés au sein des services décentralisés qui emploient ces inspecteurs, ainsi qu'au sein de la direction centrale à Bruxelles. Les plans opérationnels et les objectifs annuels devraient permettre aux inspecteurs de référence discrimination, dans le cadre de leurs missions de base :

- de mener *principalement* des contrôles antidiscrimination ciblés et de traiter et de suivre administrativement des constatations (rédaction de rapports administratifs ou de *pro justitia*) ;
- de suivre des formations pratiques poussées et/ou de participer régulièrement à la concertation avec d'autres inspecteurs de référence ;

L'inspection Contrôle des lois sociales et Unia organiseront à l'automne 2017 un trajet de formation et d'intervision, ayant pour objectif d'affiner la compréhension des problèmes liés à la méthode de travail actuelle, de dresser une liste de propositions d'actions ultérieures, et d'échanger au sujet de bonnes pratiques.

Problème 2: il existe un "chaînon manquant" entre l'inspection Contrôle du bien-être au travail (CBE) et la possibilité d'imposer des mesures de prévention contre la discrimination

Dans la pratique, les discriminations dans les relations de travail vont souvent de pair avec du harcèlement de la personne discriminée, fondé sur l'origine, l'orientation sexuelle, les convictions religieuses ou philosophiques, le handicap,.... Un même faisceau de faits englobe souvent à la fois des éléments de discrimination et de harcèlement. Deux services d'inspection différents sont toutefois compétents dans ce domaine. Depuis la modification de la loi antidiscrimination en 2007, seule la loi sur le bien-être au travail reste d'application pour le harcèlement ou les violences au travail, même si celles-ci sont de caractère raciste, homophobe ou sexiste.³² L'inspection Contrôle des lois sociales (CLS) peut uniquement constater des infractions à la législation antidiscrimination, tandis que ses homologues de l'inspection Contrôle du bien-être au travail (CBE) sont compétents pour constater des infractions dans le domaine de la prévention des risques psychosociaux au travail, parmi lesquels figurent la violence et les harcèlements racistes, homophobes ou sexistes³³. Les faits

³² Art. 6. de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007 et art. 6. de la loi antiracisme du 30 juillet 1981: "*Les dispositions du présent décret ne sont pas applicables en cas de harcèlement dans les relations de travail vis-à-vis des personnes visées dans l'article 2, § 1er, de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs dans l'exécution de leur travail. En cas de harcèlement dans le cadre des relations de travail, ces personnes recourent uniquement aux dispositions de la loi précitée.*"

³³ Art. 80 de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail ; Arrêté Royal du 28 août 2002 désignant les fonctionnaires chargés de surveiller le respect de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et de ses arrêtés d'exécution.

de discrimination et de harcèlement sont généralement si fortement liés entre eux qu'il serait indiqué de confier l'enquête sur ces deux phénomènes à un même service d'inspection. La discrimination constitue de surcroît une forme de "charge psychosociale" devant faire l'objet d'une analyse de risque et de mesures de prévention en vertu de la loi sur le bien-être au travail.

Unia propose par conséquent de rendre l'inspection Contrôle des lois sociales également compétente dans le domaine du contrôle de l'observation de la loi sur le bien-être lorsqu'il est question de charge psychosociale, de violence verbale ou physique, de harcèlement ou de discrimination sur la base d'un critère protégé par les lois antidiscrimination. Cette extension de compétence permettrait à l'inspection CLS d'imposer des mesures de prévention en présence d'indices de discrimination et/ou de harcèlements par exemple racistes ou homophobes, et d'évaluer leur efficacité a posteriori.

Cette proposition est conforme à la proposition de la résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail³⁴, qui vise à rendre la direction générale Contrôle des lois sociales compétente pour:

“conformément à l'article 21, 3°, du Code pénal social, accorder un délai au contrevenant potentiel pour qu'il se mette en règle. L'employeur doit prouver dans ce délai qu'il a pris des mesures claires afin de prévenir toute forme de discrimination sur le marché du travail. Ces mesures doivent être SMART (spécifiques, mesurables, atteignables, réalistes et temporelles.”

Unia recommande de définir de manière suffisamment large l'extension éventuelle des compétences des inspecteurs du Contrôle des lois sociales aux infractions à la loi sur le bien-être. Il existe en effet également, en cas de discrimination fondée sur un handicap professionnel, un important chevauchement avec les compétences de l'inspection Contrôle du bien-être au travail pour ce qui concerne l'évaluation de la santé des travailleurs. L'inspection Contrôle du bien-être au travail s'assure en effet que la loi sur le bien-être au travail et l'A.R. relatif à la surveillance de la santé soient respectés. Cette réglementation prévoit notamment l'obligation d'effectuer des aménagements raisonnables dans le cadre d'un trajet de réintégration pour des travailleurs en incapacité de travail. L'inspection Contrôle des lois sociales a pour sa part la compétence de constater les infractions à la législation antidiscrimination, notamment les discriminations fondées sur un handicap professionnel et le refus d'effectuer des aménagements raisonnables opposé par l'employeur en cas de handicap professionnel.

5.5.2 Solution: des inspecteurs qui contrôlent à temps plein la législation antidiscrimination et dont certaines compétences se fondent sur la loi sur le bien-être

Pour garantir la présence de l'expertise et de la capacité requises afin de permettre une politique de mise en application proactive, Unia plaide en faveur de la mise sur pied d'une

³⁴ DOC 54 1108/006 (2014/2015)

équipe spécialisée d'inspecteurs, contrôlant à temps plein l'application de la législation antidiscrimination dans les entreprises ou les institutions publiques à risque, en suivant le modèle néerlandais³⁵.

Une telle équipe pourrait regrouper les compétences et l'expertise des inspecteurs de référence discrimination de l'inspection Contrôle des lois sociales (CLS), ainsi que des inspecteurs de l'inspection Contrôle du bien-être au travail (CBE).

Ces inspecteurs discrimination devraient collaborer étroitement avec les magistrats de référence discrimination auprès de l'auditorat du travail. Tel serait notamment le cas lors de "contrôles ciblés antidiscrimination", coordonnés par l'auditeur du travail³⁶, lors de la transmission d'initiative d'un *pro justitia* (procès-verbal), ou bien en cas de constatation d'infractions pénales par les inspecteurs, ou encore lors de la réalisation de missions relevant d'une enquête de recherche de délits de discrimination sous la direction de l'auditorat (voir également ci-après circulaire COL-13/2013, en rapport avec la politique de recherche). Il semble par conséquent indiqué d'affecter, à la réalisation de ces tâches, au minimum un inspecteur par arrondissement judiciaire ou par auditorat du travail, tant au sein de l'inspection Contrôle des lois sociales qu'au sein de l'inspection Contrôle du bien-être au travail. Ces inspecteurs en charge de la discrimination auraient pour mission unique de contrôler d'initiative l'application de la législation antidiscrimination et de la législation relative au bien-être au travail (pour les infractions en rapport avec des critères protégés tels que la couleur de peau, l'orientation sexuelle, etc.). Ces inspecteurs seraient les interlocuteurs privilégiés de l'auditorat du travail, d'Unia et de l'IEFH.

Le ministre détermine par arrêté royal quels sont les fonctionnaires chargés de contrôler le respect des dispositions de la loi antidiscrimination et de ses arrêtés d'exécution.³⁷ Il détermine également les services d'inspection chargés du contrôle relatif à la loi sur le bien-être au travail et à ses arrêtés d'exécution (par exemple l'Arrêté Royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, l'Arrêté Royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail, etc.). Ces arrêtés royaux désignant les compétences des services d'inspection peuvent être le moyen via lequel étendre les compétences des inspecteurs chargés du contrôle de l'application de la législation antidiscrimination aux infractions à la loi sur le bien-être au travail présentant un lien intrinsèque avec des formes de discrimination particulières telles que le harcèlement à caractère raciste, homophobe ou autre, dans les relations de travail, ou encore le refus d'aménagements raisonnables pour les personnes souffrant d'un handicap professionnel.

- ✓ *Unia propose de créer, au sein du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, une nouvelle équipe d'inspecteurs "discrimination au travail", ayant pour mission principale de contrôler d'initiative l'observation de la législation*

³⁵ Une équipe "Discrimination au travail" a été créée le 1^{er} mai 2015 au sein de l'Inspection néerlandaise des Affaires sociales et de l'Emploi. Un chef d'équipe et cinq inspecteurs enquêtent à temps plein sur les discriminations.

³⁶ Voir ci-dessus en rapport avec la lutte contre la fraude sociale.

³⁷ Article 32 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination; article 34 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie; article 38 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

antidiscrimination dans les entreprises ou dans les instances publiques présentant des risques de discrimination.

- ✓ *Unia propose de modifier les arrêtés d'exécution³⁸ existants qui disposent que l'inspection Contrôle des lois sociales s'assure du respect de la législation antidiscrimination, afin que l'équipe d'inspecteurs "discrimination au travail" reçoive également les compétences de surveiller :*

1°) les dispositions du « Chapitre Vbis – Dispositions spécifiques concernant la prévention des risques psychosociaux au travail, dont le stress, la violence et le harcèlement moral ou sexuel », ainsi que

2°) les dispositions relatives à la surveillance de la santé des travailleurs, de la loi sur le bien-être au travail du 4 août 1996 et ses arrêtés d'application, dès le moment où ces faits sont mis en rapport avec un critère protégé par la législation antidiscrimination.

- ✓ *Unia propose de donner à l'équipe d'inspecteurs "discrimination au travail" la compétence d'imposer des mesures de prévention sur la base de la loi du 4 août 1996 sur le bien-être au travail et/ou sur base de la résolution du 2 juillet 2015 relative à l'introduction de contrôles ciblés en matière de discrimination sur le marché du travail, qui vise à rendre l'Administration générale Contrôle des lois sociales compétente pour: "conformément à l'article 21, 3°, du Code pénal social, accorder un délai au contrevenant potentiel pour qu'il se mette en règle. L'employeur doit prouver dans ce délai qu'il a pris des mesures claires afin de prévenir toute forme de discrimination sur le marché du travail. Ces mesures doivent être SMART (spécifiques, mesurables, atteignables, réalistes et temporelles.)"*

5.6. Consolider les pouvoirs d'enquête du Code pénal social pour les formes de discrimination dans les relations du travail qui ne sont pas sanctionnables pénalement.

5.6.1 Problème: l'inspection Contrôle des lois sociales peut-elle utiliser l'ensemble des pouvoirs d'enquête du Code pénal social pour contrôler les formes de discrimination non punissables ?

L'article 32 de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007 précise que l'inspection surveille les dispositions de cette loi "conformément aux dispositions du Code pénal social":

³⁸ 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 certaines formes de discrimination et de ses arrêtés d'exécution (M.B. 12 décembre 2008); 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 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.

*"Sans préjudice des attributions des officiers de police judiciaire, les fonctionnaires désignés par le Roi surveillent le respect des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution. Ces fonctionnaires exercent cette surveillance conformément aux dispositions du Code pénal social."*³⁹

Néanmoins, la loi antidiscrimination ne prévoit aucune peine en cas de discrimination dans le cadre des relations de travail. Cette disposition relative à l'exercice de la surveillance se trouve également, sous un titre distinct, dans la loi antiracisme du 30 juillet 1981 et dans la loi Genre du 10 mai 2007. Le renvoi aux pouvoirs d'enquête du Code pénal social ne semble pas se limiter aux discriminations *intentionnelles et fondées sur la race ou le genre* dans le cadre des relations de travail.⁴⁰

Unia considère que l'intention du législateur est de faire en sorte que l'inspection Contrôle des lois sociales puisse utiliser tous les pouvoirs d'enquête que lui attribue le Code pénal social pour contrôler le respect de l'interdiction de discrimination civile relevant de « l'ordre public ». Pourtant, cette intention ne s'exprime pas de manière suffisamment explicite dans l'article de loi actuel.

Si l'inspection du travail constate des infractions qui ne sont sanctionnées que sur le plan civil dans la législation antidiscrimination, il est nécessaire de savoir avec certitude si ces constatations ont été obtenues de manière valable en droit. L'auditorat du travail, Unia ou l'IEFH, entre autres, doivent pouvoir s'appuyer sur ces constatations dans le cadre d'une éventuelle action en cessation ou d'une procédure civile devant le tribunal du travail.

5.6.2 Solution: clarifier la disposition légale existante en la complétant

Il serait utile, pour des raisons de sécurité juridique, de stipuler clairement que l'inspection peut exercer, par exemple dans la lutte contre la discrimination fondée sur des critères tels que l'âge ou le handicap, toutes ses compétences prévues par le Code pénal social, en ce compris, le cas échéant, le "mystery shopping" :

« Les fonctionnaires désignés par le Roi sont compétents pour la détection et la constatation des faits qui, sans être pénalement répréhensibles, constituent une infraction aux dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution. Les procès-verbaux qui sont dressés en application de cette compétence ont force probante jusqu'à preuve du contraire. Dans l'exercice de leurs fonctions, les fonctionnaires désignés conformément au premier alinéa disposent des pouvoirs visés aux articles 23 à 39 du Code pénal social⁴¹ lorsqu'ils agissent d'initiative ou sur demande dans le

³⁹ Article 14 à 32 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination; article 12 à 34 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie; article 19 à 38 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

⁴⁰ Article 25 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie; article 28/2 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes.

⁴¹ En ce inclus, un nouvel article relatif au mystery shopping.

cadre de leur mission d'information, de conseil et de surveillance relative au respect des dispositions de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution. »

- ✓ *Unia propose de compléter les articles 32 de la loi antidiscrimination et 34 de la loi antiracisme par un paragraphe conférant, à l'inspection Contrôle des lois sociales, une base juridique claire qui lui permette d'utiliser, dans le cadre de sa mission de contrôle des formes de discrimination non punissables relatives aux relations de travail, les pouvoirs d'enquête prévus par le Code pénal social⁴².*

Cette disposition peut être conçue par analogie avec l'article XV.17. § 2 du Code de droit économique.

⁴² Idem pour l'article 38 de la loi Genre (compétence de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes).

5.7. Prévoir des amendes administratives dans un système de sanctions hiérarchisées

5.7.1 Problème: disparition des amendes administratives, même pour les formes de discrimination punissables

Jusqu'à l'introduction du Code pénal social, des amendes administratives étaient possibles pour les formes de discrimination punissables, c'est-à-dire uniquement pour les formes intentionnelles de discrimination fondée sur l'origine ethnique et le genre:⁴³

“Encourt dans les conditions fixées par la présente loi et pour autant que les faits soient également passibles de sanctions pénales, une amende administrative de [50 à 1 250 euros] : [...]

32° a) L'employeur qui enfreint le principe de l'égalité de traitement dans les dispositions et les pratiques relatives aux conditions d'accès, y compris la sélection, les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quels que soient le secteur ou la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle; [...]”

Ces dispositions ont toutefois été abrogées avec la mise en place du Code pénal social, sans y être reprises. Les amendes administratives ne sont plus possibles actuellement au niveau fédéral en cas d'infractions à la législation antidiscrimination, bien que cette législation relève de l'ordre public.

Une amende administrative peut constituer selon Unia un moyen effectif pour réagir de manière adaptée à des discriminations dans le cadre d'un système de sanctions proportionnelles. Les relations de travail ne peuvent actuellement donner lieu à des amendes administratives en cas de discrimination fondée sur l'âge, le handicap, les convictions religieuses ou philosophiques, l'orientation sexuelle, ou encore en cas de discrimination fondée sur l'origine ethnique ou le genre, pour lesquelles des poursuites pénales sont possibles.

Pour les infractions de droit social, l'inspection doit en principe d'abord dresser un *pro justitia* et le transmettre à l'auditorat du travail. Ce n'est qu'après une période relativement longue, en cas de classement sans suite par l'auditorat, que la procédure d'application d'une amende administrative peut être lancée. Il est donc difficile de réagir de manière rapide et adaptée aux infractions les moins graves de la législation antidiscrimination.

5.7.2 Solution: prévoir une amende administrative pour toutes les infractions à l'interdiction de discrimination civile dans les relations de travail

Plusieurs infractions de moindre gravité ont été dépenalisées avec la mise en place du Code pénal social en 2010.⁴⁴ Les poursuites pénales ne sont donc plus possibles, mais une amende

⁴³ Art. 1, 32° de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales.

administrative peut encore être infligée. Auparavant, les amendes administratives n'étaient possibles que pour les comportements sanctionnés également pénalement en vertu d'une loi.

La possibilité d'infliger une amende administrative n'est pas liée aux sanctions civiles prévues dans la législation antidiscrimination (action en cessation, sanction de nullité, indemnisation forfaitaire en faveur de la victime). Il s'agit toutefois d'un moyen adapté pour réagir d'initiative à des discriminations contre lesquelles aucune procédure civile n'est lancée.

- ✓ *Unia propose de prévoir, par l'intermédiaire du Code pénal social, une amende administrative pour toutes les infractions à l'interdiction de la discrimination relevant du droit civil dans les relations de travail (à savoir l'article 14 de la loi antidiscrimination du 10 mai 2007 et l'article 12 de la loi antiracisme du 30 juillet 1981⁴⁵).*

Unia attire également l'attention sur le fait que l'inspection sociale dispose, dans un certain nombre de cas, de la possibilité de proposer de manière autonome une "cotisation de solidarité" forfaitaire, dans le cadre de son contrôle de la législation relative à la sécurité sociale.⁴⁶ Cette proposition peut se faire en l'absence de décision préalable de classement sans suite par l'auditorat du travail et en dehors de la procédure visant à infliger une amende administrative. Il s'agit d'une sanction particulière de type civil, ayant pour objectif de mettre un terme à une situation en contradiction avec la législation sociale, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale. La Cour constitutionnelle a confirmé que cette indemnisation forfaitaire découlant d'infractions à la législation sociale ne constituait pas une sanction pénale.⁴⁷

Une telle sanction de nature civile assume principalement une fonction budgétaire. Une partie des coûts supplémentaires visant à permettre une politique de contrôle efficace - liés par exemple au développement du datamining et au déploiement du mystery shopping - pourrait-elle être assumée par les contrevenants à la législation antidiscrimination ?

- ✓ *Unia suggère d'examiner la possibilité, pour les services d'inspection chargés du contrôle, de proposer une indemnisation forfaitaire civile en cas d'infraction aux lois antidiscrimination. Une cotisation de solidarité de ce type peut contribuer à compenser l'impact budgétaire de l'application de mesures supplémentaires de contrôle par les autorités.*

⁴⁴ Par exemple, l'article 189 du Code pénal social se contente de prévoir une amende administrative pour les infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires.

⁴⁵ Ainsi que l'article 19 de la loi Genre du 10 mai 2007.

⁴⁶ Par exemple, l'article 38, §3quater de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés; l'article 22quater de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs; l'article 59quater de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents de travail; ...

⁴⁷ Cour const., n° 146/2015, 22 octobre 2015; Cour const., n° 37/2012, 8 mars 2012; Cour const., n° 28/2012, 1^{er} mars 2012; Cour const., n° 112/2012, 20 septembre 2012.

6. COL-13/2013: politique de recherche et de poursuite sous la direction de l'auditorat du travail

6.1. Problème: il n'est pas certain qu'il existe une politique de recherche et de poursuite adaptée aux spécificités de chaque arrondissement judiciaire

La circulaire COL-13/2013 du Collège des Procureurs généraux relative à la politique de recherche et de poursuite en matière de discriminations et de délits de haine dispose que l'auditeur du travail *“fixe des objectifs (par exemple: la lutte contre les actes homophobes) qui permettent de cibler ses actions (par exemple: sur les dancings) en fonction des spécificités de son arrondissement; »*

Le faible nombre de discriminations constatées par l'inspection du travail ne fait pas apparaître, au niveau de l'auditorat du travail, la nécessité de développer une politique de recherche et de poursuite relative aux infractions à la législation antidiscrimination. Il s'agit pourtant de l'un des objectifs explicites de la circulaire COL-13/2013. Unia espère que les recommandations présentes puissent contribuer à une augmentation du nombre de constatations effectuées par l'inspection. Cette évolution permettrait à l'auditorat de développer plus fortement une politique en matière de discrimination.

Unia demande qu'une attention particulière soit accordée à la concertation entre le parquet et l'auditorat du travail, pour ce qui concerne les situations de violence au travail ou de harcèlement qui sont fondés sur des critères protégés par la législation antidiscrimination. Après leur licenciement, les victimes de harcèlement à caractère raciste, homophobe ou autre ne peuvent plus demander d'enquête ni d'avis au conseiller en prévention "aspects psychosociaux". L'inspection Contrôle du bien-être au travail n'enquête que lorsque l'auditorat du travail lui confie cette mission. Elle ne procède généralement pas sur base de signalements qui lui seraient transmis directement. Pour ce genre de situation, les victimes doivent donc s'adresser en général aux services de police.

Les services de police ne disposent cependant pas d'expertise dans le domaine des infractions de droit social en rapport avec la législation antidiscrimination ou le Code pénal social. En cas de plainte à la police concernant une discrimination ou des harcèlements au travail, le parquet peut, si nécessaire, prendre contact avec l'auditorat du travail. Cela nécessiterait une concertation entre le parquet et l'auditorat, afin de prendre les dispositions requises selon chaque arrondissement.

6.2. Solution: définir les priorités de la lutte contre les discriminations par arrondissement judiciaire - coordonner des contrôles ciblés en suivant le modèle du SIRS

Unia souligne que la lutte contre la discrimination constitue une forme de lutte contre la fraude sociale. À la suite de l'accord SIRS⁴⁸ (Service d'information et de recherche sociale), un groupe d'intervention régionale (GIR) fermé a notamment été créé dans chaque arrondissement judiciaire, afin de renforcer la collaboration entre les services d'inspection du travail, les services d'inspection sociale, la police et le ministère public - au niveau régional et fédéral, dans le domaine de la fraude sociale, mais aussi en matière de lutte contre les discriminations.⁴⁹ L'auditeur du travail coordonne ces "contrôles ciblés" en fonction des priorités et de la situation spécifique de chaque arrondissement judiciaire.

- ✓ *Unia propose au Collège des procureurs généraux et au ministre de la Justice d'organiser la lutte contre les discriminations sur le marché de l'emploi par arrondissement judiciaire, en suivant le modèle de la lutte contre la fraude sociale. L'auditeur du travail est responsable des priorités et de la coordination de la cellule d'arrondissement du SIRS, dont font également partie les services d'inspection fédéraux et régionaux.*

7. Contact Unia

Laurent Fastrez – laurent.fastrez@unia.be

Bruno Martens – bruno.martens@unia.be

⁴⁸ Accord de coopération du 1^{er} juin 2011 entre l'Etat fédéral, les Régions et les Communautés concernant la coordination des contrôles en matière de travail illégal et de fraude sociale.

⁴⁹ Voir point 3.1.2