

A V I S N° 2.248  
-----

Séance du mardi 26 octobre 2021  
-----

Pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination

x                    x                    x

## **A V I S N° 2.248**

---

Objet : Pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination

---

Par courriel du 13 janvier 2021, madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions de la Chambre des représentants, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur les propositions de lois n° 127, n° 1023/1 à 3 et n° 1457 qui concernent les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Par lettre du 18 mars 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

L'examen de ces demandes d'avis a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Sur rapport de cette commission, les organisations représentées au sein du Conseil ont émis, le 26 octobre 2021, l'avis unanime suivant.

x                      x                      x

## **AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL**

---

### **I. OBJET ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS**

#### **A. Demande d'avis du Parlement**

Par courriel du 13 janvier 2021, madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions de la Chambre des représentants, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur les propositions de lois n° 127, n° 1023/1 à 3 et n° 1457 qui concernent les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

Par lettre du 19 février 2021, le Conseil a fait savoir à madame M.-C. Leroy, présidente de la Commission des affaires sociales, de l'emploi et des pensions, qu'il attend l'initiative du gouvernement en ce qui concerne le système existant des tests de situation avant de se prononcer sur les propositions de lois soumises pour avis.

#### **B. Demande d'avis du ministre du Travail**

Par lettre du 18 mars 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a demandé l'avis du Conseil national du Travail sur un avant-projet de loi modifiant l'article 42/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination.

L'article 42/1 a été inséré dans le Code pénal social par la loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi. Cet article permet aux inspecteurs sociaux de réaliser des tests de situation anonymes (« mystery calls ») afin de détecter la discrimination, moyennant le respect d'un certain nombre de conditions strictes. Selon l'exposé des motifs, ces compétences particulières sont octroyées aux inspecteurs sociaux afin d'apporter plus facilement la preuve de la commission d'infractions discriminatoires. Contrairement au droit civil, il faut, en droit pénal, prouver l'intention délictueuse de l'auteur d'une infraction discriminatoire.

Dans la demande d'avis, il est précisé que l'avant-projet de loi vise à modifier l'article 42/1 du Code pénal social en vue de remédier à certaines entraves, afin que l'application de tests de situation devienne un instrument plus efficace de lutte contre la discrimination.

L'avant-projet de loi a également été soumis pour avis au Conseil consultatif du droit pénal social, à l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et à l'Autorité de protection des données. Le Conseil consultatif du droit pénal social s'est prononcé dans son avis n° 2021/001 du 9 avril 2021. L'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes s'est prononcé dans son avis n° 2021-A/0011. L'Autorité de protection des données s'est prononcée dans son avis n° 33/2021 du 18 mars 2021 et dans son avis n° 74/2021 du 21 mai 2021.

## **II. POSITION DU CONSEIL**

Le présent avis apporte une réponse aux deux demandes d'avis.

### **A. Considérations générales**

1. La promotion de la diversité sur le lieu de travail et la lutte contre la discrimination font, depuis de nombreuses années, l'objet d'une attention particulière de la part des partenaires sociaux.

Le Conseil constate par conséquent avec regret qu'un certain nombre de groupes de la société restent sur la touche en matière d'emploi. Il s'agit notamment des personnes issues de l'immigration, des personnes en situation de handicap, des personnes âgées, des femmes, des personnes peu qualifiées, etc.

Le Conseil renvoie en particulier aux résultats du monitoring socio-économique de ces dernières années. Bien que les chiffres traduisent une évolution positive ces dernières années, les personnes d'origine étrangère restent toujours plus souvent sur la touche que les personnes d'origine belge. À ce rythme, il faudra encore des décennies avant d'atteindre un nombre proportionnel de personnes d'origine étrangère au travail en Belgique. Les opportunités sur le marché du travail y sont encore largement déterminées par l'origine. Cette situation est inacceptable au cœur de l'UE, dans un pays qui possède une longue tradition de concertation sociale et qui dispose d'une bonne législation antidiscrimination.

Il est toutefois possible de s'attaquer à cette problématique. La pénurie de main-d'œuvre se présente à cet égard comme une opportunité de mettre au travail davantage de personnes issues de groupes à risque. Si nous souhaitons donner un coup de pouce supplémentaire à cette évolution positive, il convient de réfléchir à des solutions constructives visant à mieux faire correspondre l'offre et la demande dans cette partie du marché du travail. Le Conseil continue de plaider dans ce cadre pour une approche positive afin de promouvoir la diversité sur le lieu de travail, de sorte que les compétences et les talents disponibles sur le marché du travail belge soient effectivement valorisés.

2. La discrimination est un problème sociétal qui ne se limite pas au marché du travail.

Des rapports successifs concernant le monitoring socioéconomique ont révélé que les raisons du faible taux d'emploi des personnes issues de l'immigration sont variées.

L'hypothèse selon laquelle cette problématique pourrait être réduite à la discrimination sur le marché du travail n'est ni correcte, ni efficace.

3. Lorsqu'il est possible qu'il soit question de discrimination, il faut privilégier les solutions extrajudiciaires, dans le cadre desquelles on tente de trouver une solution par la médiation. Abstraction faite des cas flagrants de discrimination, qui font l'objet d'une poursuite pénale, cette approche donne à la victime la possibilité d'être entendue et accroît la prise de conscience de l'employeur, afin d'éviter la répétition du comportement discriminatoire, voire même d'adapter la politique. Cette approche augmente donc les chances de trouver une solution structurelle, et contribue ainsi à une approche préventive de la discrimination.
4. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 janvier 2018, il apparaît que l'application des mystery calls a généré très peu de résultats dans la lutte contre la discrimination sur le marché du travail, entre autres parce que les conditions cumulatives qu'il faut remplir pour y avoir recours sont trop complexes. Le gouvernement fédéral souhaite dès lors adapter le cadre légal, de sorte que les tests de situation puissent également être un instrument dans la lutte contre la discrimination.

Le Conseil remarque qu'il faut veiller à ce que l'application des tests de situation n'entraîne pas d'effets non désirés pour le groupe cible pour lequel les mesures sont prises. L'utilisation ponctuelle de faux CV dans le cadre d'un test de situation autorisé par l'auditeur du travail peut avoir pour conséquence que des entreprises se montrent davantage formalistes dans le processus de recrutement, par exemple en exigeant systématiquement une copie du diplôme, ou qu'elles partent du principe qu'il s'agit d'une candidature fictive si, par exemple, le candidat est introuvable sur Internet. Les membres du Conseil soulignent le fait qu'ils partent du principe qu'en matière de recrutement, les entreprises élaborent une approche bien développée qui garantit des chances équitables à chaque candidat.

5. Il est possible qu'une entreprise – qui a défini et mis en place une politique antidiscrimination explicite – puisse, à l'insu des organes d'administration et de gestion, être malgré tout confrontée à un travailleur qui commet des actes discriminatoires à l'encontre de collègues ou de candidats. Le Conseil estime qu'il est par conséquent important que les entreprises élaborent et mettent en place une politique antidiscrimination effective.
  
6. Le Conseil souligne l'importance de garantir la sécurité juridique en ce qui concerne l'administration de la preuve des infractions à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution. Le résultat d'un test de situation est considéré comme une présomption en matière de force probante. Le Conseil remarque que, sur le plan pénal, il faut prouver l'intention pour les infractions discriminatoires.

Dans les procédures civiles, il est admis qu'un test de situation est une manière de faire naître la présomption de discrimination, après quoi il appartient à l'employeur de démontrer qu'il n'a pas discriminé. Dans les procédures pénales, la charge de la preuve incombe toutefois entièrement au ministère public (en raison de l'exigence d'intentionnalité).

7. Le Conseil constate qu'en ce qui concerne les tests de situation, diverses initiatives ont été prises à différents niveaux de pouvoir. Il est difficile pour les entreprises de conserver une vue d'ensemble. Il est dès lors également très compliqué pour les victimes de trouver le bon point de contact ou le bon motif. Pour cette raison, le Conseil demande d'assurer la cohérence et la coordination entre les différents systèmes.

8. Le Conseil rappelle ses travaux concernant la promotion de la diversité sur le lieu de travail et la lutte contre la discrimination. Ainsi, il a récemment publié la brochure « Favoriser la diversité et l'égalité dans le recrutement ». <sup>1</sup>

Le but de ce guide pratique est de fournir aux secteurs et aux entreprises un certain nombre d'informations, de grilles d'analyse, d'outils et d'exemples concrets leur permettant de mener une politique de recrutement non discriminatoire et d'appliquer des pratiques de recrutement objectives qui conduisent à une plus grande diversité au sein des secteurs et des entreprises.

En effet, il ressort du monitoring socioéconomique que, dans certains cas, il est question de discrimination, mais que l'employeur n'en est généralement pas conscient. Il s'agit en d'autres termes d'un processus inconscient, dans lequel l'employeur recherche involontairement un candidat à son image ou un « profil parfait », sans se rendre compte que cela peut aboutir à une discrimination.

Une politique antidiscrimination réussie contribue à enrayer ce processus et à inciter l'employeur et ses collaborateurs à mener une politique de recrutement diversifiée. Cela permet non seulement d'éviter la discrimination, mais aussi d'améliorer le recrutement par l'employeur et le fonctionnement des entreprises. Cette brochure tente de sensibiliser les employeurs à ce sujet.

## B. Considérations du Conseil sur la base d'une analyse de l'avant-projet de loi

### 1. Protection des droits fondamentaux

Le Conseil remarque tout d'abord qu'en ce qui concerne les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination, le texte de loi doit contenir suffisamment de conditions et de garanties contre les effets non désirés.

Il est important que les travailleurs et les employeurs aient confiance dans l'action des inspecteurs sociaux dans le cadre de la recherche et de la constatation des infractions relatives à la législation antidiscrimination et à ses arrêtés d'exécution. Leur indépendance doit également être garantie. Le Conseil renvoie à cet égard à la convention n° 81 de l'OIT sur l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, qui a été ratifiée par la Belgique.

---

<sup>1</sup> Avis n° 2.163 du 28 avril 2020 : <http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-2163.pdf>

Le Conseil souscrit au maintien de la condition d'un accord préalable et écrit de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. En effet, les inspecteurs sociaux réclament ce cadre.

## 2. Conditions pour utiliser les tests de situation

Le Conseil constate que l'article 2 de l'avant-projet de loi remplace, dans l'article 42/1, § 1<sup>er</sup> du Code pénal social, les mots « en présence d'indications objectives de discrimination, à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, soutenues par des résultats de datamining et de datamatching » par les mots « en présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ou sur la base de résultats de datamining et de datamatching ».

En ce qui concerne les termes « indications objectives », le Conseil se rallie à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social<sup>2</sup>, dans lequel il est signalé qu'il faut éviter d'ouvrir une enquête sur la seule base de la « présomption d'une discrimination encore à commettre », ce qui reviendrait à une « pêche aux informations » interdite. Il doit dès lors y avoir des indications objectives pour pouvoir ouvrir une enquête.

Par conséquent, les indications objectives doivent être suffisamment claires et étayées pour pouvoir soupçonner l'existence d'un problème de discrimination. Le Conseil consultatif du droit pénal social propose dès lors que l'exposé des motifs donne des exemples (non exhaustifs) d'« indications objectives ». Il est également signalé dans l'avis qu'au moyen de quelques exemples, on donne une orientation concernant ce qui est acceptable comme « indication objective ». Cela permet ainsi d'éviter (en partie) de futures discussions.

## 3. Commettre des infractions

Le Conseil constate que l'article 3 modifie l'article 42/1, § 3, premier alinéa du Code pénal social comme suit : « Ne commettent pas d'infractions, les inspecteurs sociaux qui, dans le cadre de leur mission et en vue de la réussite de celle-ci ou afin de garantir leur propre sécurité, commettent des faits punissables absolument nécessaires avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi. »

---

<sup>2</sup> Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, p. 7.



Le Conseil juge que cet alinéa entraîne des problèmes d'interprétation et demande que le texte de loi soit rédigé plus clairement.

En ce qui concerne les infractions que les inspecteurs sociaux peuvent commettre dans le contexte des tests de situation, le Conseil demande d'élaborer un cadre au niveau du ministère public conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social. Afin d'assurer la transparence et la prévisibilité, il est également demandé de soumettre ce cadre aux partenaires sociaux.

Conformément au droit commun, un employeur de bonne foi qui a subi un préjudice à la suite d'un test de situation doit avoir la possibilité d'utiliser les voies de recours afin de pouvoir, le cas échéant, réclamer des dommages et intérêts aux autorités, s'il apparaît qu'il n'y a pas eu de discrimination.

#### 4. Application du principe de subsidiarité

Le Conseil constate que l'article 4 de l'avant-projet de loi remplace, dans l'article 42/1, § 5, deuxième alinéa du Code pénal social, les mots « et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon » par les mots « et si ces constats ne peuvent raisonnablement être faites par d'autres moyens ».

Le Conseil est d'avis que l'ajout du terme « raisonnablement » dans un texte de loi est une source de confusion et entraîne des problèmes d'interprétation. Compte tenu du risque de provocation, des raisons suffisantes, pertinentes et objectives sont nécessaires. Le Conseil souscrit dès lors à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social<sup>3</sup>, dans lequel il est précisé qu'au lieu d'utiliser un nouveau terme, « raisonnablement », il serait plus indiqué d'intégrer explicitement le principe de proportionnalité dans le texte.

---

<sup>3</sup> Avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, pp. 10-11.

5. Recours à des tiers

En ce qui concerne la possibilité, introduite par l'avant-projet de loi, de recourir à des tiers lors de l'application des tests de situation, le Conseil propose de prévoir un cadre conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social. Comme indiqué dans le commentaire des articles de l'avant-projet de loi, les actions accomplies par des tiers ont trait aux travaux préparatoires (par exemple, la rédaction d'un CV). De plus, l'interdiction de la provocation doit également s'appliquer aux tiers. Conformément à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, il faut encore ajouter que ces tiers sont soumis aux mêmes obligations, par exemple en matière de discrétion, que les inspecteurs sociaux.

Enfin, le Conseil demande à être consulté sur le projet d'arrêté royal relatif à l'élaboration concrète des actions que les tiers pourront accomplir dans le cadre de cette législation.

-----