

**PROUVER LA
DISCRIMINATION
LA MISE EN OEUVRE
DYNAMIQUE DE LA
LEGISLATION DE L'UE
SUR L'ANTI-
DISCRIMINATION:
LE ROLE DES
ORGANISMES
SPECIALISES**

RAPPORT DE LA PREMIERE REUNION D'EXPERTS, 14-15 JANVIER 2003
ORGANISEE PAR LE CENTRE BELGE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME

"Prouver la discrimination" est la première d'une série de sept publications dans le cadre du projet 'Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations: le rôle des organismes spécialisés', qui a bénéficié du soutien du Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination 2001-2006. Les partenaires du projet sont :

Commission pour l'Égalité de Traitement
Commissie Gelijke Behandeling
P.O. Box 16001
3500 DA Utrecht
Pays-Bas
Tél. +31 30 888 3888
Fax +31 30 888 3883
info@cgb.nl
www.cgb.nl

Commission pour l'égalité raciale
Commission for Racial Equality
St Dunstan's House
201-211 Borough High Street
London - SE1 1GZ, UK
Grand-Bretagne
Tél. +44 20 7939 0000
Fax +44 20 7939 0001
info@cre.gov.uk
www.cre.gov.uk

Ombud pour l'égalité des chances
dans le domaine de l'emploi
Anwältin für Gleichbehandlungsfragen
Judenplatz 6
1010 Vienna
Autriche
Tél +43 1 532 0244
Fax +43 1 532 02 46
gaw@bmsg.gv.at

Commission pour l'Égalité pour l'Irlande du Nord
Equality Commission for Northern Ireland
Equality House
7-9 Shaftesbury Square
Belfast BT2 DP
Irlande du Nord
Tél. +44 28 90 500 600
Fax +44 28 90 248 687
information@equalityni.org
www.equalityni.org

Centre pour l'égalité des chances
et la lutte contre le racisme
*Centrum voor gelijkheid van kansen
en voor racismebestrijding
Centre for Equal Opportunities
and Opposition to Racism*
Rue de la Loi 155
1040 Bruxelles
Belgique
Tél. +32 2 233 0611
Fax +32 2 233 0704
centre@antiracisme.be
www.antiracisme.be

Ombudsman contre la discrimination ethnique
Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
Katarina Bangata 79
116 42 Stockholm
Suède
Tél. +46 8 556 095 00
Fax +46 8 556 095 01
do@do.se
www.do.se

Autorité pour l'Égalité
Equality Authority
Clonmel Street
Dublin 2
Irlande
Tél. +353 1 4173333
Fax +353 1 4173366
info@equality.ie
www.equality.ie

Migration Policy Group
Rue Belliard 205, Boîte 1
B-1040 Bruxelles
Tél. +32 2 230 5930
Fax +32 2 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Chef du projet : Marcel Zwamborn

Les avis exprimés dans cette publication ne sont pas tous nécessairement partagés par tous les partenaires du projet.

Editeur: Janet Cormack, Migration Policy Group
No. ISBN: 2-9600266-8-3
© 2003

Partenaires du projet:

*Vers la mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations:
le rôle des organismes spécialisés*

2	INTRODUCTION, DIRK DE MEIRLEIR, CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME
4	LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION SEXUELLE : MISSION IMPOSSIBLE ? PATRICK HUMBLET
12	ENREGISTREMENT DES ALLOCHTONES, EXPERIENCES EN FLANDRE FRANK CAESTECKER
22	LES TECHNIQUES PARTICULIERES DE PREUVE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION OLIVIER DE SCHUTTER
38	RESUME DES ATELIERS: THEMES ET SUJETS SOULEVES
44	AGENDA DE LA REUNION
47	Liste des participants

INTRODUCTION

DIRK DE MEIRLEIR, COORDINATEUR, DEPARTEMENT DE DISCRIMINATION NON RACIALE,
CENTRE POUR L'EGALITE DES CHANCES ET LA LUTTE CONTRE LE RACISME

Le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR) s'est vu confier pour tâche d'organiser la première réunion internationale d'experts dans le cadre du projet européen *"Vers une mise en œuvre uniforme et dynamique de la législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations: le rôle des organismes spécialisés"*, qui a bénéficié du soutien du Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination 2001-2006. Ce projet a été initié par un certain nombre d'organes indépendants d'Etats membres de l'UE ayant pour tâche de combattre la discrimination dans leurs pays respectifs. Le projet vise une collaboration plus étroite entre ces organes indépendants sur des questions auxquelles nous nous trouvons tous confrontés au niveau de notre cadre national.

Le séminaire, intitulé "Prouver la discrimination", s'est déroulé à Bruxelles en janvier 2003, une date qui tombait à point nommé pour le Centre. Le 12 décembre 2002, le Parlement belge avait, en effet, adopté une loi générale de lutte contre les discriminations qui transposait la *Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* (Directive sur l'égalité raciale) et la *Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail* (Directive-cadre). Cette nouvelle loi contre les discriminations a confié au Centre belge la charge de gestion d'un large éventail de "nouveaux" motifs de discrimination. Jusqu'à présent, les compétences de notre Centre se limitaient essentiellement à la lutte contre la discrimination fondée sur des motifs de race et d'appartenance ethnique.

Le fait que la nouvelle législation, fondée sur les deux Directives de la CE, nous donne de tout nouveaux motifs de discrimination à traiter constitue la première raison de l'importance particulière que revêt ce projet européen à nos yeux, nous offrant un outil d'apprentissage auprès d'autres organes dotés d'une expérience dans le traitement de certains ou même de tous les nouveaux domaines de discrimination auxquels nous devons faire face: le sexe, (ce que l'on appelle) la race, la couleur, l'extraction familiale, l'origine ethnique ou nationale, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, l'âge, la religion ou conviction, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une particularité physique.

En second lieu, le thème du séminaire de janvier 2003, "Prouver la discrimination", revêt une grande importance pour nous. Depuis 1981, la Belgique disposait d'un code pénal interdisant toutes les formes de discrimination fondées sur (ce que l'on appelle) la race, l'origine ethnique et nationale. Dix ans plus tard, la Belgique a estimé que cette loi n'était pratiquement jamais appliquée et qu'il existait de graves tensions dans certains quartiers pauvres des villes. Ces tensions pouvaient partiellement s'expliquer par l'absence totale de politiques visant à promouvoir l'intégration des nouveaux venus dans notre société mais aussi par le fait que le racisme n'était pas pris au sérieux. C'est ce qui a conduit à la création de notre Centre en 1993.

Depuis lors, le nombre de procès et de condamnations a connu une hausse significative. Pourtant, bon nombre d'affaires de discrimination sont restées lettre morte en raison de la charge de la preuve et de la difficulté à démontrer l'intention discriminatoire. Il est significatif d'observer que, même si une étude menée en 1997 montre l'existence d'un phénomène statistiquement significatif de discrimination ethnique sur le marché du travail, une telle affaire n'a jamais pu aboutir devant les tribunaux sur base de notre législation.

Il était donc nécessaire, et pas seulement parce que l'Europe "nous a dit de le faire", que des mesures soient prises pour renforcer la position des victimes de discrimination en prévoyant le principe de déplacement de la charge de la preuve. Cet apport s'est inscrit dans le cadre de la législation générale de lutte contre les discriminations, qui fixe une nouvelle approche de la discrimination, dont la discrimination raciale et ethnique, axée sur la discrimination factuelle (intentionnelle ou non) et permettant un déplacement de la charge de la preuve et l'introduction des affaires devant les tribunaux civils.

Lors du séminaire, nous avons bénéficié de l'apport intéressant de nos experts nationaux sur des questions relatives à ce sujet. Mais pour nous, il a été particulièrement enrichissant de tirer leçon des données apportées par nos hôtes concernant les différents points de vue adoptés et des expériences acquises dans les différents pays (et dans le domaine de la discrimination fondée sur le sexe plus particulièrement) en ce qui concerne la difficulté de prouver l'existence d'une discrimination. Nous osons espérer que ce séminaire sera aussi intéressant pour le lecteur qu'il l'a été pour nous.

LA PREUVE DE LA DISCRIMINATION SEXUELLE: MISSION IMPOSSIBLE?

**PATRICK HUMBLET, PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE GAND
ET MEMBRE-EXPERT DU CONSEIL DE L'EGALITE DES CHANCES ENTRE HOMMES ET FEMMES**

La directive 76/207¹ relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes remonte à plus de 25 ans. Dans la législation nationale des Etats membres, un traitement sans discrimination sexuelle des travailleurs par l'employeur est donc garanti depuis plus d'un quart de siècle. Comment se fait-il alors qu'en l'an 2003, ce sont toujours les femmes qui servent le café dans les bureaux et que les managers sont en grande majorité des hommes? Comment se fait-il que les hommes et les femmes doivent recevoir le même salaire pour le même travail, mais que, régulièrement, des études paraissent sur le fossé qui sépare la rémunération des femmes de celle des hommes? Pourquoi n'arrive-t-on pas à effacer les inégalités de traitement entre les hommes et les femmes malgré un appareil juridique apparemment parfait? On peut donner de nombreuses réponses à ces questions. Dans cette étude, nous allons cependant aborder une seule cause – souvent un peu oubliée – de l'écart qui sépare les hommes et les femmes, celle de la position judiciaire peu enviable de la personne qui dénonce la discrimination sexuelle – *de facto*, le plus souvent une femme.

Le droit de la preuve est une discipline fort complexe. Comme nous ne disposons que d'un nombre limité de pages pour notre exposé et que nous souhaitons qu'un lecteur non-expert en droit de la procédure puisse suivre notre raisonnement, nous donnerons à notre exposé une approche pas trop technique et limiterons le nombre de notes à un strict minimum.²

Pour notre analyse, nous nous fonderons principalement sur le droit et la jurisprudence belges, mais nous sommes convaincus que d'autres pays s'y reconnaîtront.

1. LA DISCRIMINATION N'EST PAS CONTESTEE

1.1. La discrimination est directe et injustifiable

Certains employeurs discriminent les femmes par réflexe sexiste. La Cour du travail d'Anvers a ainsi en 1989³ traité le cas d'une femme qui avait été licenciée parce qu'elle était enceinte.

En Belgique, les femmes jouissent de la protection contre le licenciement lorsqu'elles mettent un enfant au monde, mais cette période de protection ne se prolonge pas au-delà d'un mois après la fin du congé postnatal. En l'occurrence, l'employeur avait attendu jusqu'à la fin de cette période de protection pour licencier la femme. Dans la lettre de licenciement, l'employeur précisait que lors de l'embauche de cette travailleuse, il avait conclu avec elle un "gentleman's agreement" (sic) par lequel elle s'engageait à présenter sa démission si elle devenait mère. Comme elle n'avait pas donné son congé, elle fut mise à la porte.

Dans cette affaire, la discrimination est si claire que la preuve ne constitue aucun problème.

1.2. La discrimination est directe et on tente de la justifier

Depuis l'arrêt Dekker de la Cour de justice,⁴ nous savons que la discrimination directe ne peut être justifiée. Malgré cela, certaines personnes essaient quand même d'avoir recours à des motifs pour se justifier. En Belgique, on ne peut faire de distinction entre les hommes et les femmes au moment de l'embauche que pour autant que la profession en question – le plus souvent dans le secteur artistique comme modèle-photo, mannequin,

¹ Directive (C.E.E.) n° 76/207 du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, J.O.C.E., n° L 39 du 14 février 1976, p. 40.

² Pour une approche plus approfondie, voir P. HUMBLET, "Bewijs(last) en geslachtsdiscriminatie", R.W. 1991- 92, pp. 485-488, ainsi que H.C.H. SCHOOR-DIJK, "Discriminatie en bewijslastverdeling", NJB 1989, pp. 1245-1246; G. THOMAS, "La charge de la preuve", Rev. trav. 1990, pp. 705-730; R.A.A. DUK, "Gelijke behandeling in het geding; problemen van bewijslastverdeling en van "fact finding"", in J.E. GOLDSCHMIDT, A.W. HERINGA et F. VAN VLIET (red.), *De zij-kant van het gelijk*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, pp. 129-138; M.A.J. LEENDERS, *Bewijsrecht en discriminatie bij de arbeid*, Deventer, Tjeenk Willink, 1997.

³ C. trav. Anvers, 26 janvier 1989 et 14 décembre 1989, Chr. D.S., 1990, p. 157.

⁴ C.J.C.E., 8 novembre 1990 (*Dekker c. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*), 177/88, Rec. C.J.C.E., p. 3941.

acteur/actrice – soit mentionnée dans l'arrêté royal du 8 février 1979.⁵ Jusqu'au milieu des années quatre-vingt, dans l'enseignement, la profession d'éducateur ou de professeur de gymnastique était contra legem réservée aux candidats du même sexe que les mineurs qui leur étaient confiés. Autrement dit, une femme pouvait donner cours uniquement à des filles. On se basait ici sur l'argument de la tradition et sur des "considérations émotionnelles". Dans un tel cas, la preuve de la discrimination ne constitue pas un problème. Le juge constate l'inégalité de traitement, conclut qu'il y a discrimination et interdit le comportement attaqué. En 1987, le Conseil d'Etat a dès lors condamné les pratiques décrites ci-dessus.⁶

1.3 La discrimination est indirecte

La discrimination indirecte peut éventuellement être justifiée. Le juge va rechercher, au moyen de critères établis par la Cour de justice, dans quelle mesure un traitement inégal de la part d'un employeur est discriminatoire ou non. Il va ainsi vérifier si le but poursuivi est légitime. Il va aussi contrôler si par ce traitement, l'employeur poursuit un but d'une importance suffisante et si la mesure est nécessaire pour atteindre ce but.⁷ Il s'agit d'un exercice purement intellectuel. Les faits qui sont à la base de la plainte ne sont pas contestés, ce qui fait qu'il n'y a pas de problème de charge de la preuve.

2. LA DISCRIMINATION EST CACHEE

Dans le chapitre précédent, il n'était pas vraiment question d'un problème de preuve. Personne ne conteste en effet l'existence de la discrimination comme telle. La discrimination est cependant parfois cachée. Dans ce cas, deux hypothèses se présentent.

2.1. La personne discriminée se rend compte de la discrimination

L'employeur discrimine parfois consciemment, mais le cache pour éviter une condamnation. Un exemple classique est la discrimination lors de promotions. Les hommes ont priorité pour accéder aux fonctions supérieures sur la base d'arguments stéréotypés.⁸

En Belgique, une femme à laquelle une promotion est refusée et qui veut contester cette mesure peut s'adresser au juge du travail en invoquant l'article 19 de la loi du 7 mai 1999.⁹ Lorsqu'elle allègue des faits qui établissent une présomption de discrimination, la charge de la preuve décisive qu'il n'y a pas violation du principe d'égalité de traitement incombe au défendeur. On parle parfois de "renversement" de la charge de la preuve.

Le renversement de la charge de la preuve est un chapitre très complexe du droit (de la procédure)¹⁰ et est souvent associé à la preuve d'un fait négatif, ce qui est généralement impossible.¹¹ A notre avis, il faut donner une autre qualification à l'obligation reprise à l'article 19. Il est probablement question d'un glissement de la preuve et/ou de la charge de l'allégation.¹² L'employeur sur lequel pèse une présomption de discrimination ne doit pas apporter la preuve qu'il ne discrimine pas (ce qui supposerait la preuve d'un fait négatif), mais il doit pouvoir prouver que les actes posés ne sont pas fondés sur le sexe du membre du personnel concerné.

⁵ Arrêté royal fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, M.B., 16 février 1979.

⁶ C.E., 24 novembre 1987, R.W. 1987-88, p. 228; pour un commentaire, voir P. HUMBLET, "Discriminatie bij aanwerving van overheidspersoneel", R.W. 1987-88, p. 209-216.

⁷ En ce qui concerne ces critères, voir e.a. Commentaire J. Mégret, 7, Politique sociale, éducation et jeunesse, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1998, pp. 131 et s.

⁸ Voir e.a. P. FRANCK, A. VAN PUT et L. VERMEULEN, *Personeelsbeleid en bedrijfscultuur. Carrièreemogelijkheid voor vrouwen in ondernemingen*, Bruxelles, Inbel, 1990, pp. 41 et s.

⁹ Loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale, M.B., 19 juin 1999. Cet article énonce le principe défini à l'article 4 Direct. (C.E.E.) n° 97/80, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, J.O.C.E., n° 14 du 20 janvier, 1998.

¹⁰ Voir M. STORME, *De bewijslast in het Belgisch privaatrecht*, Gand, Faculté de droit de l'Université de Gand, 1962, pp. 108 et s.

¹¹ Voir L. LARGUIER, "La preuve d'un fait négatif", *Rev. trim. dr. civ.*, 1953, pp. 1-48.

¹² La charge de l'allégation implique que celui qui, dans une procédure, allègue un droit doit prouver les faits qui permettent de faire usage de la norme invoquée. Voir M. STORME, o.c., pp. 38 et s.

Lorsqu'une femme prétend qu'elle a été licenciée pour cause de maternité (= discrimination directe), il suffit que l'employeur déclare qu'il a mis fin au contrat de travail de cette travailleuse parce que la section dans laquelle elle était occupée, a été fermée.

Un constructeur d'avions qui n'emploie que des ingénieurs en aéronautique masculins (= discrimination indirecte), peut se défendre en disant que - par hypothèse - il n'y a pas de femmes possédant ce diplôme.¹³

Dans le premier cas, il n'est pas question d'une vraie preuve. Il suffit de prouver que la section a réellement été fermée. Dans le second cas, l'employeur aura un peu plus de mal et devra par exemple produire des lettres des universités à l'appui de ses déclarations.

Malgré le fait que l'article 19 précité facilite la position de la victime présumée au tribunal, il est toujours difficile d'apporter la preuve d'une discrimination. Sur la base d'expériences avec d'autres articles - beaucoup plus anciens - du droit du travail qui accordent la même facilité,¹⁴ nous savons bien qu'un employeur qui discrimine avec subtilité, ne se fera pas prendre aussitôt. Une promotion peut par exemple être liée à des paramètres plausibles, mais incontrôlables. Lorsqu'un employeur déclare qu'une travailleuse n'est pas prise en considération parce que, à son avis, elle est plus négligente, impolie ou même moins intelligente que son collègue masculin qui a eu la promotion, il est presque impossible de contrôler la véracité de ses dires. L'employeur est cru sur parole. En Belgique on n'admet en effet pas que le juge se substitue à l'employeur. Ce n'est qu'en cas de mensonges manifestes ou de maladresse grossière¹⁵ que le juge pourra faire une remontrance au chef d'entreprise.

2.2. La personne ne se rend pas compte qu'elle est discriminée

Dans un bon nombre de cas, les femmes sont discriminées, mais ne s'en rendent pas compte. Nous donnons ici quelques exemples pour illustrer cette assertion.¹⁶

Une dame travaille comme cadre dans une fonction administrative; elle est responsable du personnel. Elle estime qu'elle n'est pas considérée comme l'égale de ses collègues masculins. Contrairement à elle, ceux-ci utilisent des voitures de société luxueuses, elle n'est pas non plus invitée aux dîners avec la direction dans des restaurants de luxe, etc. Le comble est qu'en raison de la quantité importante de travail, elle peut engager un adjoint et que lorsqu'elle demande combien elle peut proposer à l'heureux candidat, le chef d'entreprise cite un montant plus élevé que celui de sa rémunération. Il s'ensuit des frictions avec la direction et l'affaire aboutit devant les tribunaux du travail où le juge conclut qu'il s'agit de discrimination fondée sur le sexe.

Dans cet exemple, la dame connaît le montant de la rémunération de la personne qu'elle embauche (et se rend donc compte de la discrimination). Sauf dans le secteur public, la rémunération est pourtant un des secrets d'entreprise les mieux gardés. Personne ne sait combien un(e) autre gagne. Comment une travailleuse pourrait-elle rassembler assez d'informations pour pouvoir prouver qu'elle est discriminée? Ce n'est possible que si le montant des rémunérations est publié, par exemple lorsque les travailleurs ne gagnent que le salaire mentionné dans les CCT (Conventions Collectives du Travail). Toutefois, dans de nombreux secteurs, les salaires repris dans les échelles barémiques sont intentionnellement maintenus à un niveau assez bas, ceci afin de garder une certaine liberté dans la formation des salaires. Souvent, cette information ne nous apporte donc rien.

¹³ Exemple emprunté à J. BOWERS et E. MORAN, "Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo", *Industrial Law Journal*, 2002, pp. 312-313.

¹⁴ Par exemple l'article 63 de la loi relative aux contrats de travail.

¹⁵ Par exemple des remarques sexistes dans des notes d'évaluation. Pour un tel cas, voir l'arrêt à sensation de la Cour suprême américaine *Price Waterhouse v. Hopkins*, 109 s. Cr. 1775 (1989). On ne connaît en tout cas pas de telles condamnations dans la jurisprudence belge.

¹⁶ C. trav., Anvers, 2 mai 1991, R.W. 1991-92, p. 510. Nous en avons donné un commentaire dans: P. HUMBLET, "(Bewijs)last en geslachtsdiscriminatie", R.W., 1991-92, pp. 485-488 et P. HUMBLET, "Hoe sociaal kan Europa zijn naar vrouwen toe", in *De vrouw in de Europese Unie. La femme dans l'Union européenne*, Louvain, Acco, 1994, pp. 139-147.

Plus l'on monte dans la hiérarchie, plus grande est la discrétion. Les fonctions de cadre par exemple ne sont pratiquement jamais reprises dans les barèmes. Pour les dirigeants, la formation des salaires se fait toujours conventionnellement. Alors, à cause du secret qui entoure les rémunérations, une travailleuse peut très bien être discriminée pendant toute sa carrière sans le savoir. Que faire pour remédier à une telle situation?

Le problème serait résolu si le législateur imposait une transparence totale des rémunérations. Les travailleurs pourraient à tout moment comparer leur rémunération avec celle de leurs collègues. Le montant de la rémunération est toutefois considéré par un grand nombre de travailleurs comme un élément appartenant à la vie privée. En outre, la volonté politique d'imposer une telle mesure manque. La publication des salaires pourrait bien déclencher une *bellum omnium contra omnes* dans les entreprises, ce qui fait que ni les entreprises, ni les organisations syndicales ne seraient tentées de demander une modification de la loi.

3. LA DISCRIMINATION N'EST PAS RECONNUE

3.1 Par la victime

En Belgique et également dans d'autres Etats membres de l'Union, le travail des femmes est systématiquement sous-estimé.¹⁷ Cela apparaît parfois dans les classifications de fonctions et de rémunérations. Mais même pour les spécialistes, il est difficile de déceler le manque de neutralité sexuelle, par exemple dans les classifications de fonctions. Il est dès lors évident qu'une travailleuse ne se rend pas compte qu'elle est victime de discrimination.

3.2. Par les praticiens

En 1992, l'UCL a organisé un congrès de spécialistes européens consacré au problème de l'accès à l'égalité.¹⁸ Il est apparu qu'un des problèmes était le peu de connaissances de la majorité des avocats et des magistrats en ce qui concerne le droit relatif à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.¹⁹ Dix ans plus tard, il semble bien que ces situations – certainement en Belgique – aient à peine évolué. Une femme qui estime qu'elle est victime d'une discrimination sera souvent confrontée à la difficulté d'un avocat qui ne peut la défendre parce qu'il ne reconnaît pas la discrimination comme telle. Le magistrat qui doit statuer sur une question de discrimination manque apparemment aussi souvent d'expérience. C'est ainsi qu'en cas de discrimination dans les rémunérations, il peut, en vertu de l'article 6 de la CCT n° 25, faire appel à l'expérience d'une commission spécialisée. En plus de 25 ans, les juges n'ont utilisé cette possibilité que deux fois.²⁰

4. UNE LOI GENERALE SUR L'EGALITE DE TRAITEMENT: UN BOND EN AVANT?

Les dispositions des directives 2000/43²¹ et 2000/78²² ont été transposées en droit belge par la loi tendant à lutter contre la discrimination.²³ Cette loi n'ajoute rien à la loi sur l'égalité entre les hommes et les femmes, sauf le fait que la position procédurale des demandeurs s'améliorera sensiblement. Au moment de la rédaction de la présente

¹⁷ Voir e.a. D. MEULDERS et R. PLASMAN, "La place des femmes dans le monde du travail", in *Femmes et hommes en Belgique. Vers une société égalitaire*, Bruxelles, ministère fédéral de l'Emploi et du Travail, 2001, pp. 61 et s.,

¹⁸ M. VERWILGHEN (ed.), *Acces to equality between men and women in the European Community/L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la communauté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 1993, 294 p.

¹⁹ C. Mc CRUDDEN, "Acces to equality between women and men in the European Community: the lessons of the Louvain-la-Neuve conference", in M. VERWILGHEN (ed.), *Acces to equality between men and women in the European Community/L'accès à l'égalité entre femmes et hommes dans la communauté européenne*, Louvain-la-Neuve, Presses Universitaires de Louvain, 1993, p. 231 e.s.

²⁰ Voir J. JACQMAIN, "Egalité de rémunération", in *Commentaire droit du travail. Guide Social Permanent*, Bruxelles, Ed. Kluwer, Partie II, Livre I, Titre I, Chapitre II, n° 130.

²¹ Directive (C.E.) n° 2000/43 du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O.C.E., n° L 180 du 19 juillet 2000.

²² Directive (C.E.) n° 2000/78 du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O.C.E., n° L 303 du 2 décembre 2000.

²³ Loi tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

contribution, le Roi devait encore prendre les arrêtés d'exécution à ce sujet, ce qui fait que les limites exactes du cadre juridique ne sont pas encore connues.

4.1. Données statistiques comme preuve

L'article 19 § 3 de la loi précitée dispose que la victime présumée d'une discrimination peut invoquer devant la juridiction compétente des données statistiques qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. C'est certainement une évolution positive. Une telle technique pouvait ou devait certes déjà être utilisée avant la nouvelle loi,²⁴ mais, en pratique, on constatait qu'un grand nombre de juristes doutaient que le pouvoir judiciaire accepte ces preuves.²⁵ Maintenant, ce pouvoir est obligé de prendre ces preuves en considération.

Sur la base d'expériences aux Etats-Unis, où de telles preuves sont utilisées depuis les années 70, il apparaît néanmoins qu'une telle technique est critiquable. En première instance, il y a des doutes si les avantages des méthodes statistiques font le poids contre les inconvénients. C'est ainsi que TRIBE pense par exemple que l'utilisation des mathématiques donne un cachet scientifique aux preuves, mais que cela mène à une "déshumanisation" de la procédure.²⁶ Un procès n'est pas seulement une recherche de la vérité, mais aussi un rituel et ce dernier aspect se perd sûrement lorsque le déroulement de la procédure dépend de chiffres.²⁷

De plus, certains juristes ont une conception simpliste de la statistique. Aux Etats-Unis par exemple, on utilise des méthodes compliquées,²⁸ qui permettent une certaine manipulation.²⁹ La magistrature devra soit se recycler, soit appeler des référendaires-statisticiens à l'aide.

4.2. Tests³⁰

L'article 19 § 4 de la nouvelle loi permet de fournir la preuve de la discrimination au moyen d'un test de situation qui peut être établi par constat d'huissier. Ceci implique donc qu'un employeur soupçonné de discrimination pourrait être confronté à un certain nombre de personnes testées (données du Centre pour l'égalité des chances), par exemple 20 femmes et 1 homme. Si l'homme est engagé, il y a présomption de discrimination.

4.3. Pas de remède miracle

Les deux techniques décrites ici n'offrent pas de solution pour certaines situations spécifiques. Un test de situation peut être utile pour déceler une discrimination sexuelle au moment de l'embauche, mais pas en cas de licenciement. En cas de harcèlement sexuel aussi – ce qui est tout de même une forme de discrimination sexuelle –, la statistique et les tests de situation n'apporteront guère de solution. Seuls des témoignages peuvent être utiles. Mais souvent il n'y a pas de témoins, parce que plus l'intimidation est sérieuse, plus l'agresseur se donne de mal pour se cacher du monde extérieur.

5. MESURES ACCOMPAGNATRICES

C'est une bonne chose d'accorder des droits anti-discriminatoires, mais si les obstacles pour apporter la preuve sont si importants qu'une action devant les tribunaux soit vouée à l'échec – et nous pensons avoir quand même démontré que c'était parfois le cas – on n'y a guère d'avantage.³¹ C'est pour cela que des mesures complémentaires devront être prises, e.a.:

²⁴ Ceci peut en effet être déduit d'une certaine jurisprudence de la Cour de justice, comme C.J.C.E., 17 octobre 1989 (*Danfoss*), 109/88, Rec. C.J.C.E., p. 3199.

²⁵ A. VAN OEVELEN, "Enige aspecten van het recht op erkenning en beleving van een eigen culturele identiteit in (prae)contractuele rechtsverhoudingen", in *Recht en verdraagzaamheid in de multiculturele samenleving*, Anvers, Maklu, 1993, p. 224.

²⁶ L.H. TRIBE, "Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process", *Harvard Law Review*, 1971, n° 6, pp. 1375 et s.

²⁷ *Ibid.*, p. 1376.

²⁸ Voir e.a. S. FIENBERG (red.), *The Evolving Role of the Statistical assessments as Evidence in the Courts*, New York, Springer Verlag, 1989 et M.A.J. LEENDERS, o.c., pp. 161 et s.

²⁹ S. FIENBERG (red.), *The Evolving Role of the Statistical assessments as Evidence in the Courts*, pp. 102 et s.

³⁰ Il n'est pas encore très clair, hic et nunc, dans quelle mesure le test de situation pourra être utilisé dans la relation employeur-travailleur.

³¹ H.C.F. SCHOORDIJK, l.c., p. 124.

5.1. Le seuil de la procédure doit être abaissé

Les personnes discriminées qui estiment avoir la preuve de cette discrimination, hésiteront souvent à intenter une action en justice à cause des frais de la procédure. Il faut un avocat, les frais de justice peuvent être assez élevés, etc.

C'est pour cette raison que beaucoup sont partisans d'un abaissement des seuils de la procédure, comme aux Pays-Bas où on peut s'adresser à la Commission pour l'égalité des chances avant de saisir le juge.³² Cette commission examine la plainte et donne un avis sans engagement.³³ Parfois on arrive à un accord à ce stade. Même si ce n'est pas le cas, la personne discriminée a déjà une indication et sait si sa plainte a une chance d'aboutir. La Commission pour l'égalité des chances a traité 70 demandes concernant la discrimination sexuelle en 2001.³⁴ En Belgique, pendant la période 1971-2001, le juge n'a été saisi que pour une quinzaine d'affaires concernant la discrimination en matière de rémunération et une quarantaine d'affaires concernant la violation du principe d'égalité de traitement.³⁵ Ces chiffres sont éloquents.

5.2. Spécialisation

L'avantage supplémentaire que présente un organe spécialisé est qu'il développe un grand savoir-faire. Le magistrat individuel (et/ou l'avocat) n'a pas la formation suffisante pour étudier tout seul les formes compliquées de la discrimination. Une commission pourrait se charger de cette mission.³⁶

Malgré le fait que cela est contraire à notre droit judiciaire, on pourrait déclarer une seule juridiction compétente – par exemple la Cour et le tribunal du travail à Bruxelles en raison de leur situation centrale – pour pouvoir connaître d'une certaine forme de discrimination (sexuelle).

5.3. Les indemnités doivent être plus élevées

La discrimination doit être sanctionnée de manière effective. Dans la plupart des Etats membres de l'Union, lorsqu'une personne peut par exemple prouver une discrimination lors de la sélection pour un emploi, cela ne vaut pas la peine de saisir le juge parce qu'une indemnité est accordée conformément aux règles du droit civil et que, contrairement à leurs collègues américains, les juges européens sont plutôt regardants. L'indemnité accordée en cas de licenciement par représailles doit également être augmentée. En Belgique, lorsqu'une personne est licenciée parce qu'elle a intenté une action contre son employeur en raison d'une discrimination fondée sur le sexe, la sanction consiste en une indemnité forfaitaire égale à six mois de salaire. C'est beaucoup pour une petite entreprise, mais presque rien pour une grande entreprise. C'est pour cette raison qu'on pourrait penser à des indemnités exprimées en fractions du chiffre d'affaires ou des bénéfices. Si un employeur risque une sanction de quelques millions d'euros, il réfléchira à deux fois avant de discriminer.

6. CONCLUSION

Dans *Les lois civiles*, Domat écrit: "On appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité".³⁷ Chacun sait que les femmes sont toujours discriminées dans la relation de travail. Pour les juristes, c'est un défi constant de chercher les moyens de persuader l'esprit des magistrats de cette vérité.

³² Cette commission a été instituée en vertu des articles 11 e.s. de la loi du 2 mars 1994.

³³ Les avis peuvent être consultés via <http://www.cgb.nl>.

³⁴ Nous trouvons ce chiffre dans le *Jaarverslag 2001, Utrecht, CGB, 2001, p. 10.*

³⁵ Un sommaire de la jurisprudence belge relative à la discrimination fondée sur le sexe peut être consulté via <http://www.meta.fgov.be>.

³⁶ Cette mission pourrait éventuellement être exercée par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (créé récemment, voir loi du 16 décembre 2002, M.B., 31 décembre 2002)

³⁷ DOMAT, *Les lois civiles, comme cité par J. LARGUIER, l.c., p. 2.*

ENREGISTREMENT DES ALLOCHTONES, EXPERIENCES EN FLANDRE

**DR FRANK CAESTECKER, CENTRE D'ETUDES ET DE DOCUMENTATION GUERRE
ET SOCIETES CONTEMPORAINES (SOMA)**

1. La nécessité d'une politique d'action positive
2. Dans quelle mesure faut-il enregistrer les allochtones et, si c'est le cas, pour quelle raison?
3. Les dangers d'un enregistrement de l'origine
 - 3.1. Les pouvoirs publics comme puissance effective: éviter les abus
 - 3.2. Les pouvoirs publics comme force symbolique: ne pas affaiblir la cohésion sociale
4. L'impossibilité d'un établissement neutre et objectif de la provenance étrangère
5. L'auto-identification comme enregistrement efficace de l'origine: valable et fiable
 - 5.1. Optimiser la validité par un enregistrement de l'origine fondé sur l'autodéfinition
 - 5.2. Optimiser la validité par le rattachement au vécu des personnes issues de l'immigration
 - 5.3. Optimiser la fiabilité par une bonne information
6. En conclusion: un modèle flamand d'auto-identification

Le présent article vous présente un résumé d'une étude de préparation politique en appui de la politique d'action positive menée à l'intention des allochtones, à la demande du service de l'émancipation du Ministère de la Communauté flamande. Cette étude a esquissé trois modèles qui pourraient servir à l'enregistrement des allochtones. Un premier modèle s'est appuyé sur des critères subjectifs (auto-identification), un deuxième est parti de critères "objectifs"³⁸ et le troisième a consisté en une combinaison des deux précédents. Les avantages et les inconvénients de ces modèles ont été analysés et les critères utilisés pour délimiter le groupe cible d'allochtones ont été testés auprès du groupe cible. Cette étude arrive à la conclusion qu'un modèle d'auto-identification répond le mieux aux besoins de la politique d'action positive de la Communauté flamande.

1. LA NÉCESSITÉ D'UNE POLITIQUE D'ACTION POSITIVE

Une analyse des statistiques de chômeurs sur base d'un "critère" objectif, à savoir le nom de famille et le prénom des chômeurs, révèle que le chômage au sein de la population allochtone de Flandre, compte tenu du niveau de scolarité, s'avère d'un niveau démesuré élevé.³⁹ Pour parvenir à une représentation proportionnelle des allochtones dans la population active, des efforts s'imposent afin de contrer le manque d'attention dont ils sont victimes. Une opération de rattrapage qui vaut également pour la Communauté flamande car il s'avère que, là aussi, la part d'allochtones est sous-dimensionnée. Les pouvoirs publics flamands reconnaissent qu'ils portent une part de responsabilité dans l'offre de chances aux groupes de population issus de l'immigration. La proportion de personnes issues de l'immigration qui travaillent au sein de l'administration flamande devrait correspondre à leur proportion au sein de la population active de Flandre. L'objectif consiste à parvenir à une participation au travail qui soit proportionnelle et à permettre ainsi une amélioration de la situation de la population active allochtone sur le marché du travail. Ces efforts vers une proportionnalité à ce niveau requièrent une coloration des effectifs.

³⁸ La mesure selon laquelle les critères d'appartenance ethnique, de race et de provenance constituent des critères objectifs pour la délimitation d'allochtones est sujette à discussion, raison de la présence des "guillemets" qui encadrent le terme "objectifs".

³⁹ Depuis 1995, le Service flamand de placement utilise une banque de données de noms "turs" et "maghrébins" pour pouvoir reconnaître les allochtones. Les prénoms et noms de famille des chercheurs d'emploi de nationalité belge ou d'une autre nationalité sont comparés à un fichier de contrôle comportant des prénoms turs/maghrébins "11.000" ainsi que des noms de famille "19.000". Ce fichier de contrôle a été établi sur base de toutes les personnes de nationalité turque ou maghrébine qui se sont un jour inscrites auprès du service de placement de la Communauté flamande "VDAB". Si un nom de famille et un prénom sont identifiés comme appartenant au répertoire "turs" ou "maghrébin", ces demandeurs d'emploi sont considérés comme étant d'origine maghrébine ou turque. Les demandeurs d'emploi qui ne présentent qu'un prénom ou qu'un nom de famille seulement de ces listes ne sont pas catalogués dans ce groupe social.

2. DANS QUELLE MESURE FAUT-IL ENREGISTRER LES ALLOCHTONES ET, SI C'EST LE CAS, POUR QUELLE RAISON?

Il existe un obstacle important à l'évaluation tant de la position des allochtones sur le marché de l'emploi que d'une politique d'action positive, qui réside dans le fait que l'on ne dispose pas de données chiffrées comprenant le groupe cible dans son intégralité. Les allochtones sont des résidents de Flandre d'origine étrangère mais pas nécessairement de nationalité étrangère vu qu'un grand nombre d'entre eux ont acquis la nationalité belge.⁴⁰ L'enregistrement de la nationalité est de pratique courante au sein du service d'administration du personnel mais les allochtones de nationalité belge ne s'y trouvent donc pas repris.

Jusqu'au début des années nonante (quatre-vingt-dix), le critère de la nationalité est resté, en Belgique, un instrument adéquat pour englober les groupes de population issus de l'immigration à des fins d'études et d'initiatives politiques. Bien que la Belgique ait toujours maintenu une possibilité de naturalisation ouverte à la première génération et ait adhéré à un droit du sol pour la deuxième génération, ce n'est qu'avec la modification de la loi sur la nationalité de 1991 que l'accès à la nationalité belge s'est radicalement libéralisée. Les personnes d'origine étrangère nées en Belgique de parents nés également en Belgique (troisième génération) sont automatiquement devenues Belges. Ainsi, dès la naissance, l'origine étrangère d'un grand nombre de personnes se voyait statistiquement effacée. Dans le même temps, il devenait beaucoup plus aisé pour la deuxième mais aussi pour la première génération d'immigrés d'accéder à la nationalité belge. Alors que la part d'étrangers dans la population belge au cours des années nonante (quatre-vingt-dix) oscillait de façon stable autour des 9%, le nombre d'habitants de nationalité belge qui, lors de leur première mention en Belgique, que ce soit à la naissance ou au moment de leur immigration dans le pays, avaient une nationalité étrangère, a connu une hausse, passant de 3% en 1990 à 4% en 1998. Les immigrés de la troisième génération mais également les enfants d'étrangers qui acquièrent la nationalité belge comme première génération ne sont pas décelables sur base de cette première mention. Ils sont, en effet, belges à la naissance. Le nombre d'allochtones présents en Belgique en 1998 était, dès lors, nettement supérieur à 13% de la population. L'accès à la nationalité belge pour les immigrés et leurs enfants s'est profondément libéralisée par la loi sur la nationalité du 1er mars 2000. Soixante mille étrangers – sept pour cent des étrangers résidant en Belgique en janvier 2000 – ont acquis la nationalité belge au cours de la première année de mise en vigueur de cette nouvelle loi, soit plus du double du nombre d'étrangers devenus Belges annuellement au cours des années nonante (quatre-vingt-dix) (Caestecker e.a. 2002).

La participation proportionnelle au marché du travail constitue un objectif politique des pouvoirs publics flamands, l'enregistrement de l'origine étant introduit comme instrument pour y parvenir. Les pouvoirs publics flamands ont expérimenté une première fois l'enregistrement de l'origine en 1999, lorsque, dans le cadre de la candidature présentée en vue d'un programme destiné aux jeunes quittant l'école sans emploi (pistes d'envol), les pouvoirs publics soumettaient aux candidats deux questions inhabituelles (vous considérez-vous comme allochtone ou autochtone et où sont nés vos deux parents?). Les expériences liées à cette tentative se sont avérées peu positives (voir ci-après) et une étude a été commandée en vue de développer un système d'enregistrement qui soit de qualité. L'enregistrement doit, en effet, être un instrument efficace qui puisse répondre à de hautes exigences de validité et de fiabilité. L'enregistrement de l'origine comporte également un certain nombre de risques. Il convient de veiller sérieusement à la conjuration de ces dangers.

⁴⁰ Cette définition linguistique des allochtones dépasse la définition politique plus sélective des allochtones comme étant les immigrés originaires de pays qui n'appartiennent pas à l'Union européenne et leur descendants. Par ces personnes originaires de pays extérieurs à l'Union européenne, on fait référence plus particulièrement, en Flandre, aux personnes originaires du Maghreb et de Turquie.

3. LES DANGERS D'UN ENREGISTREMENT DE L'ORIGINE

L'influence dont dispose l'Etat en tant que lieu de pouvoir central fait d'un enregistrement de l'origine par les autorités publiques une question délicate. Tant la force de frappe effective dont dispose l'Etat que l'incidence hautement symbolique que peut exercer l'autorité publique sur la société font que l'on ne peut traiter à la légère une telle forme d'enregistrement.

3.1. Les pouvoirs publics comme puissance effective: éviter les abus

Dans le cas d'un enregistrement de l'origine, il convient de tenir compte de la crainte, fondée ou non, d'une utilisation abusive de ces données personnelles. L'obtention massive de la nationalité belge au cours des années nonante (quatre-vingt-dix) par des groupes de population issus de l'immigration résulte notamment de leur préoccupation à se soustraire à un traitement distinct par l'Etat belge et la société. La crainte peut exister de voir une autorité compétente, contrôlée par une majorité, se trouver en mesure, par l'enregistrement de l'origine, d'agir de façon discriminatoire à l'égard de minorités à nouveau identifiables. Il ne serait pas à propos de dédaigner une telle crainte en Flandre, où une formation politique, en progression électorale au cours des années nonante (quatre-vingt-dix), n'est pas favorable à la présence de groupes de population issus de l'immigration.

De façon générale, le pouvoir fédéral partage cette inquiétude. La loi du 11 décembre 1998 assurant la protection de la vie privée par rapport au traitement des données personnelles stipule, dans la lignée de la directive européenne 95/46/CE du 24.10.1995, que des garanties appropriées et spécifiques suffisantes doivent être prévues pour assurer la protection de la vie privée. Pour ce qui concerne les données révélant l'origine raciale ou ethnique, la réglementation se veut particulièrement stricte. La loi prévoit certes un certain nombre de possibilités de traitement de telles données personnelles. Si l'intéressé donne par écrit l'autorisation d'un tel traitement ou s'il existe un motif important, légalement fondé, de mise en péril de l'intérêt public, l'enregistrement de l'origine raciale ou ethnique d'une personne peut avoir lieu.

La crainte d'une utilisation abusive de ces données personnelles peut hypothéquer gravement la fiabilité de l'enregistrement de l'origine. La crainte peut exister parmi les minorités de se voir victimes de discrimination suite à leur enregistrement. Cette crainte se ressentira tout particulièrement parmi les minorités isolées et chez celles qui ne nourrissent qu'une faible confiance dans les pouvoirs publics. C'est ainsi qu'il ressort d'une étude néerlandaise que le taux d'abstention à toute réponse est sensiblement plus important dans les régions où les minorités qui résident et travaillent sont moins nombreuses que dans les grandes villes où vivent de nombreuses minorités (Schriemer M.R. 1999). La crainte d'un usage abusif de l'enregistrement de l'origine conduit au refus de mettre ces données personnelles à la disposition des autorités publiques. Si l'on veut conjurer ce danger et optimiser la fiabilité de l'enregistrement, il convient de faire preuve de compréhension quant à la sensibilité confidentielle vis-à-vis des données personnelles relatives à l'origine. Des garanties claires doivent être offertes, qui rendent impossible tout usage abusif à cet égard.

3.2. Les pouvoirs publics comme force symbolique: ne pas affaiblir la cohésion sociale

Outre leur puissance effective, les pouvoirs publics possèdent également une haute force symbolique. Les lignes de séparation ethniques peuvent se voir renforcées par un enregistrement officiel de l'origine, du fait qu'elles se trouvent ainsi officiellement légitimées. Cet enregistrement officiel de l'origine signifie, en effet, l'institution-

nalisation d'une ligne de démarcation tracée au sein même de la société. Le mode d'enregistrement peut tenir compte des gémissiments perçus pour conjurer le danger d'une politique de ségrégation symbolique. La catégorie ethnique à laquelle appartient une personne ou à laquelle une personne est assimilée correspond à une construction sociale. Les pouvoirs publics doivent reconnaître qu'un groupe ethnique ne constitue pas une unité objective, naturelle. Cette reconnaissance peut amener les pouvoirs publics à ne pas établir unilatéralement des catégories. Sur ce terrain délicat, il convient d'opter pour une autorité publique en retrait, qui se garde de définir unilatéralement les significations liées à ces catégories sociales.

4. L'IMPOSSIBILITE D'UN ETABLISSEMENT NEUTRE ET OBJECTIF DE LA PROVENANCE ETRANGERE

L'ambiguïté de la catégorie de l'origine (ou de l'appartenance ethnique) pèse lourdement sur la validité de l'instrument d'enregistrement de l'origine. Pour l'étranger ou le citoyen belge, pour l'homme ou la femme, les critères sur lesquels on se fonde sont univoques. La preuve de la nationalité ou du sexe renvoie sans équivoque à la catégorie à laquelle on appartient. L'origine ne constitue pas un concept d'identification aussi univoque. La demande de l'origine est avant tout une question qui vise l'identification à un groupe de population donné. La réduction de la question "quel est votre pays natal et quel est celui de vos (grands-) parents" à la demande d'un critère objectif de l'origine nie la problématique de cette question.

L'appartenance à un groupe de population déterminé concerne un choix subjectif de l'individu imbriqué dans un contexte social. L'origine au sens du lieu de naissance de la personne elle-même et de ses (grands-) parents n'a pas nécessairement d'incidence sur la façon dont une personne s'identifie ou est perçue au sein de la société. De même, le nom de famille d'une personne ne rattache pas nécessairement celle-ci à un groupe ethnique déterminé. Le fait qu'il ne s'agit pas d'une question neutre mais d'une question sensible ressort notamment de la résistance habituelle à laquelle se heurtent les questions relatives aux pays natals des (grands-) parents. L'étude néerlandaise mentionne que 22% des personnes interrogées refusent de répondre à la question qui porte sur le pays natal des grands-parents. Ce refus résulte de la conviction que la question qui porte sur le pays natal des parents et a fortiori des grands-parents est considérée comme non pertinente pour la présentation d'une candidature (Verweij 1993, Schriemer 1999).

La demande de l'origine se heurte également à beaucoup de réserves pratiques. Le pays natal ne correspond pas à un critère univoque; en effet, il n'implique pas une origine étrangère. Le lieu de naissance peut être déterminé par des circonstances fortuites (ressortissants de la métropole dans des colonies, présence militaire à l'étranger...) et ne constitue donc pas à proprement parler une indication sur l'origine d'une personne. De multiples autres situations compliquent encore cette méthode: est-il tenu compte de la distinction entre parents légaux et naturels, qu'en est-il des mariages mixtes, ...?

Se limiter aux parents implique encore une fois que l'on ne peut plus considérer les immigrés de la troisième génération comme étant d'origine étrangère. Si on le juge opportun, on pourrait se baser, pour ce qui concerne

la troisième génération, sur la demande diffuse des pays natals des parents et des grands-parents. La question "quel est le pays natal de" doit être posée six fois et l'on doit ensuite déterminer arbitrairement combien il faut de parents et de grands-parents nés à l'étranger pour qu'une personne soit considérée comme étant d'origine étrangère. L'on peut, bien entendu, toujours opter pour une branche déterminée et/ou un sexe donné (par exemple, le grand-père du côté paternel) pour définir l'origine étrangère mais ce choix est encore arbitraire. En posant une question à choix multiples sur le pays natal dans le cas d'une demande d'emploi, l'on met aussi fortement l'accent sur l'origine étrangère.

En raison du caractère diffus et arbitraire que présente un système d'enregistrement du pays natal, nous plaçons pour l'auto-identification sur base volontaire, une formule qui met en jeu de façon maximale l'autonomie de l'individu et qui reconnaît le caractère subjectif de l'association à un groupe social. Une catégorisation donnée uniquement sur base de ce que l'on appelle une donnée objective doit être repoussée par souci de ne pas institutionnaliser les lignes de séparation ethnique au sein de la société.

5. L'AUTO-IDENTIFICATION COMME ENREGISTREMENT EFFICACE DE L'ORIGINE: VALABLE ET FIABLE

Si l'on veut pouvoir disposer d'un instrument efficace, il convient de poser de hautes exigences en matière de validité et de fiabilité de l'enregistrement. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, il ne sera, en effet, pas possible d'évaluer de façon adéquate la politique sur base d'un tel instrument. Un instrument de mesure doté d'une piètre efficacité conduira aussi, en termes d'organisation politique, à un enregistrement de l'origine inférieur au niveau de qualité requis.

L'instrument d'enregistrement de l'origine doit avant tout être valable. Les critères utilisés doivent mener à une identification valide et le groupe cible de la politique doit pouvoir devenir ainsi identifiable de la manière la plus complète possible. Non seulement la mesure doit être valable mais elle doit être fiable aussi. Les divers maillons du processus d'enregistrement de l'origine doivent être minutieusement raccordés entre eux.

5.1. Optimiser la validité par un enregistrement de l'origine fondé sur l'autodéfinition

Le choix de l'auto-identification pour modèle d'enregistrement de l'origine offre l'avantage important de permettre également l'identification de la troisième, de la quatrième, ... génération d'immigrés pour autant que la personne le trouve pertinent. Le choix de l'auto-identification reconnaît le caractère subjectif de l'attribution ou de l'appartenance à un groupe social. Dans le cas d'une telle catégorisation, l'individu concerné occupe une position centrale et peut déterminer de façon autonome s'il fait partie des groupes de population issus de l'immigration.

Ce n'est pas l'organisation qui place les personnes dans une catégorie déterminée mais c'est la personne elle-même qui détermine la catégorie à laquelle elle appartient. Du point de vue de l'organisation politique, ceci peut engendrer des problèmes lorsque (pour la majorité "identifiable") les minorités ne s'identifient pas au groupe cible auquel la majorité les rattache. La question de la fiabilité de l'enregistrement peut alors se poser. Si l'on

veut minimaliser la fracture entre majorité et minorité, il est indispensable d'expliciter clairement la logique de la catégorisation dans les directives générales, où l'on propose d'accorder à la personne un rôle central dans la définition de son identité. L'ambiguïté inhérente que comporte le concept d'identification, à charge subjective, d'allochtone est réglée au profit de la personne concernée. Les catégories traitées ne peuvent être détachées de la volonté de la personne et "objectiver" celle-ci. Les descendants d'immigrés ne doivent pas nécessairement être des allochtones.

5.2. Optimiser la validité par le rattachement au vécu des personnes issues de l'immigration

Comme, pour des raisons de principe et d'ordre pragmatique, on a opté pour l'auto-identification, la validité de l'instrument dépend fortement de la mesure selon laquelle le groupe cible se reconnaît dans les choix qui lui sont proposés. On doit, dans la mesure du possible, éviter que la méthode d'identification manque l'objectif recherché et que, par exemple, une partie du groupe cible fasse structurellement défaut.

Afin de déterminer les catégories soumises à l'auto-identification, nous nous sommes basés sur une demande de renseignements adressée à un panel de 107 jeunes allochtones, définis comme étant nés eux-mêmes ou dont les (grands-) parents sont nés à l'étranger. Ces jeunes ont procédé à 202 choix dans le cadre de cette enquête (tableau 1)

Tableau 1: la popularité des réponses sur la demande d'identification⁴¹

N=107, avec 202 choix étant donné que les personnes interrogées pouvaient cocher plusieurs choix	Part du nombre total de personnes interrogées	Part des personnes interrogées qui n'ont coché qu'un seul choix (n=29)
1. Je suis un Belge d'origine <i>ap</i>	29%	10%
2. Je suis <i>no</i> de nationalité belge	28%	35%
3. Je suis un Belge allochtone	25%	17%
4. Je suis un Belge	21%	10%
5. Je suis un Belge <i>ap</i>	18%	0%
6. Je suis un Belge originaire de <i>po</i>	12%	3%
7. Je suis un Flamand	8%	0%
8. Je suis un Belge d'origine <i>ap</i>	8%	0%
9. Je suis un <i>no</i> belge	7%	3%
10. Autres: Je suis un.....	34%	21%

La réponse la plus populaire correspondait au libre choix personnel d'une catégorie. C'est ce choix qu'a retenu la moitié environ des personnes interrogées qui indiquaient leur nationalité d'origine. Seuls 18 % de l'ensemble des personnes interrogées ont choisi la référence à la nationalité à la naissance. La référence à la nationalité d'origine venait en cinquième place dans le classement de popularité. La forme la plus populaire d'auto-identification utilisable pour l'action politique positive était Belge d'origine adjectif du pays natal, 29 % des personnes interrogées ayant pu se retrouver dans cette définition.

Il ressort de l'étude que la catégorie d'allochtone soulève les résistances habituelles chez un certain nombre de sous-groupes du groupe cible. Les demandes d'opinion dans la demande de renseignements ont indiqué que

⁴¹ Adjectif du pays de naissance =*ap*; nationalité d'origine =*no*, pays d'origine = *po*.

ceux qui accordent une grande importance aux droits politiques et sociaux liés à la citoyenneté rejettent l'étiquette de Belge allochtone (une corrélation Pearson substantielle respectivement de 300 et 257). La résistance à la catégorie allochtone ressort également de l'expérience limitée de l'auto-identification des allochtones en Flandre. Comme susmentionné, le programme de pistes d'envol avait proposé aux postulants à un emploi deux questions non classiques. Le modèle de réponse à ces deux questions a clairement indiqué qu'allochtone ne constitue pas une catégorie qui suscite beaucoup de reconnaissance au sein de la population de Flandre issue de l'immigration. La population issue de l'immigration peut difficilement s'identifier à la catégorie d'allochtone, cette appellation n'ayant de valeur que comme catégorie administrative recouvrant les divers groupes de population issus de l'immigration. Allochtone est un concept englobant, où la diversité des groupes de population issus de l'immigration est ramenée à une opposition binaire entre majorité et minorité (nous et eux).

Tableau 2: Part des candidats au programme de pistes d'envol qui sont d'origine étrangère (l'un des parents au moins est né ailleurs) et qui se considèrent comme allochtones

N 225	Maghreb	Turquie	UE	Autres
Première génération	36%	26%	33%	41%
Deuxième génération	25%	23%	10%	13%

5.3. Optimiser la fiabilité par une bonne information

Si l'on veut maintenir la fiabilité de l'enregistrement de l'origine à un niveau élevé, il faut viser une haute fiabilité lors de l'enregistrement et une limitation du nombre d'inconvénients qu'il engendre. C'est ainsi que les candidats potentiels doivent être clairement informés avant l'enregistrement sur la finalité de celui-ci. Généralement, les allochtones (organisés) semblent, par principe, éprouver un sentiment négatif à l'égard de l'enregistrement de l'origine et ce n'est que pour des raisons pratiques que ce point de vue peut être modifié. Une information claire, où les allochtones peuvent soupeser si l'enregistrement de l'origine sert leurs intérêts, peut venir à bout de leur réticence face à cette forme d'enregistrement. Les candidats allochtones doivent être clairement informés sur l'intérêt qu'ils peuvent trouver dans une collaboration à l'enregistrement de l'origine. En même temps, d'un point de vue social et politique, ce serait une mauvaise chose de voir, par exemple, ceux qui sont économiquement et socialement faibles se reconnaître comme allochtones et ceux qui ont acquis une meilleure situation sociale s'identifier comme autochtones. Cette tension peut être levée en octroyant à une origine étrangère une valeur positive.

6. EN CONCLUSION: UN MODELE FLAMAND D'AUTO-IDENTIFICATION

L'enregistrement de l'origine étrangère constitue une question délicate, la signification accordée à cette origine n'étant pas neutre. L'enregistrement de l'état d'allochtone de certains membres de notre société peut engendrer une sclérose dans la formation collective. Les pouvoirs publics ne doivent pas doter la société d'un poste frontière séparant officiellement allochtone et autochtone. Ils ne peuvent, dès lors, pas fixer unilatéralement ces catégories. Ils ont pourtant besoin d'instruments pour pouvoir mesurer la discrimination consciente ou inconsciente ou

pour pouvoir évaluer leur politique de lutte contre la discrimination. La reconnaissance de cette ligne de séparation sociale sans perpétuer celle-ci exige un exercice d'équilibre périlleux. Ce souci nous amène à rejeter des critères "objectifs" pour délimiter le groupe cible d'une politique d'action positive; seule l'auto-identification reconnaît le caractère subjectif de l'attribution à un groupe social. Si l'on veut créer un instrument d'enregistrement de l'origine qui soit valable, il nous faut rattacher celui-ci au vécu des groupes de population issus de l'immigration. L'étude a indiqué que cela implique que l'on se réfère au pays ou à la nationalité d'origine. Pour des raisons d'économie, on a quand même dérogé à cette règle de base lors de l'élaboration du modèle. Dans le modèle final tel qu'il a été élaboré, un certain nombre de groupes d'ensemble définis géographiquement a été proposé mais la personne interrogée peut y échapper en recourant au choix de l'option libre.

Le modèle proposé se présente comme suit:

Votre nationalité?

*Si vous êtes de nationalité belge, de quelle origine êtes-vous issu(e)?
(vous pouvez cocher plus d'un choix)*

d'origine turque

d'origine italienne

d'origine belge

d'origine asiatique

d'origine marocaine

d'origine américaine

d'origine sud-africaine

originnaire d'Europe orientale

originnaire d'un autre pays d'Europe occidentale

d'origine..... (origine à compléter librement)

Information concernant la conception:

- L'ordre est déterminé sur base de la longueur de la proposition, en veillant à ce que ceci ne puisse donner lieu à un jugement de valeur mal perçu.
- La possibilité d'indiquer plus d'un choix offre aux personnes un espace leur permettant d'exprimer plusieurs possibilités d'identification (mariages mixtes, pays natal distinct, pays du lieu de résidence et pays d'origine) et peut les inciter à cocher, outre l'indication de leur pays d'origine dans l'option libre, également une catégorie d'ensemble.
- Dans le menu d'options proposé, les trois nationalités les plus importantes de l'immigration dans la Région flamande sont sélectionnées. La référence aux Italiens est explicitement reprise tant parce qu'il s'agit du groupe de population numériquement le plus important que pour éviter la stigmatisation en ne mentionnant que les deux groupes de population issus de l'immigration qui se trouvent au centre du concept flamand d'allochtone.

L'auto-identification sous la forme qui est ici proposée offre l'avantage de pouvoir être manipulée de façon dynamique. Selon le nombre de personnes qui ne se rattachent pas à l'une des neuf possibilités et créent une nouvelle catégorie, il est possible de redéfinir des catégories. De même, les personnes peuvent se considérer comme appartenant à différentes catégories. Ce modèle optimise la validité de l'instrument de mesure, sans institutionnaliser la frontière entre allochtone et autochtone.

Bibliographie:

- Caestecker Frank. (2001). *Voorstellen tot registratie van allochtonen*. Bruxelles: Service de l'émancipation, Communauté flamande.
- Caestecker Frank e.a. (2002). Evaluation de l'application de la loi du 1er mars 2000. In Foblets M-C., R. Focquet et M. Verwilghen (Ed.), *Naar de Belgische nationaliteit/Devenir Belge* (pp. 147-186). Bruxelles - Anvers: Bruylant-Maklu.
- Schriemer M. R. (1999). *Registratie etnische herkomst: uitgangspunten en praktijk*. Rotterdam: ISEO.
- Verweij A. et Merens, J. G. F. . (1993). *Haalbaarheidsanalyse etnische registratie bij de rijksoverheid, Tweede voortgangsrapportage*. Rotterdam: ISEO/EUR.
- Verweij A. (1995). *Een kwestie van organiseren. De invoering van een etnische registratie in arbeidsorganisaties in het kader van de wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen (WBEAA) en het EMO-beleid*. Rotterdam: Instituut de recherche socio-économique.

LES TECHNIQUES PARTICULIERES DE PREUVE DANS LE CADRE DE LA LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION

**OLIVIER DE SCHUTTER, PROFESSEUR A LA FACULTE DE DROIT
DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN**

Une des caractéristiques du droit de l'égalité de traitement est que, plus qu'en tout autre champ, s'y repère l'indissociabilité des garanties matérielles (interdiction de la discrimination directe et indirecte, droit à bénéficier d'un aménagement raisonnable, possibilité d'introduire des actions positives) et des mécanismes procéduraux par lesquels en assurer la protection (protection du plaignant contre les rétorsions, rôle des groupements dans l'assistance et la représentation des victimes en particulier). Il n'y a pas de frontière nette entre ces deux types de dispositions : dès lors que l'étendue de la garantie qu'à l'individu de ne pas subir un traitement discriminatoire dépend des moyens dont il dispose pour obtenir la cessation de ce traitement ou en obtenir réparation, le contenu de son droit sera déterminé par la qualité de ces mécanismes. Le droit de la preuve l'illustre de manière particulièrement nette.

Compte tenu des difficultés qu'éprouve la victime à rapporter la preuve de la discrimination, en tout cas lorsque celle-ci est définie par l'intention d'opérer une différence de traitement sur la base d'un critère prohibé ou d'aboutir à une exclusion des membres d'une catégorie déterminée par le recours à des critères, des dispositifs ou des procédures apparemment neutres mais calculés afin de produire cet effet, la possibilité de faire appel à des techniques particulières de preuve ne conduit pas seulement à renforcer les moyens dont dispose la victime pour faire constater la discrimination qu'elle subit; en réalité, c'est la notion de discrimination prohibée elle-même qui s'étend, par la possibilité qui est offerte à la victime de recourir à ces techniques. Pareille extension a lieu, en particulier, lorsque la preuve par l'apport de statistiques est admise. Avec pareille autorisation, en effet, ce n'est plus seulement le comportement discriminatoire consistant à masquer la discrimination derrière le recours à des mesures qui, si elles n'opèrent aucune différence de traitement sur la base d'un critère de différenciation prohibé, produit néanmoins des conséquences identiques ou semblables, dès lors qu'elle prend appui sur un critère calculé afin de produire le même effet, qui devient susceptible d'être sanctionné. Par le recours à des données statistiques, il devient possible également de sanctionner le recours à des mesures dont l'impact est disproportionné sur certaines catégories protégées contre la discrimination, que cet impact ait été prévisible ou non et qu'il ait été calculé ou non.

La première section est consacrée au recours à la preuve de la discrimination par l'apport de données statistiques (1.). Elle met en lumière l'extension que cette modalité de preuve opère au niveau même de la notion de discrimination prohibée, extension à laquelle il vient d'être fait allusion (1.1.). Puis, sont abordées successivement les difficultés méthodologiques (1.2.) et les difficultés juridiques que pose le recours aux statistiques (1.3.). La seconde section est consacrée au recours à des "tests de situation", qui constitue l'autre technique particulière de preuve dans le domaine de l'égalité de traitement (2.). Cette seconde section suit une même structure : après avoir montré la valeur ajoutée du recours à cette modalité de preuve (2.1.), le texte aborde les difficultés méthodologiques (2.2.) et juridiques (2.3.) qu'elle pose.⁴²

1. LA PREUVE PAR STATISTIQUES

1.1. Valeur ajoutée de la preuve par l'apport de statistiques

En présence d'une interdiction de pratiquer une discrimination directe, c'est-à-dire d'opérer une différence de traitement sur la base d'un critère de distinction prohibé, l'auteur de la discrimination sera tenté de masquer son comportement discriminatoire derrière le recours à des critères, dispositions ou pratiques n'opérant pas une pareille différence de traitement de manière ouverte, mais calculées néanmoins de manière à produire le même effet.

⁴² Une partie des arguments présentés dans ce texte est développée dans O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bern-Oxford-New York-Wien, P.I.E. Peter Lang, 2001.

L'interdiction de la discrimination indirecte vise à rencontrer cette hypothèse. C'est en ce sens que l'interdiction de la discrimination indirecte constitue le complément nécessaire de l'interdiction de la discrimination directe: il serait trop aisé de contourner cette dernière interdiction si la discrimination indirecte n'était pas elle-même également prohibée. A ce niveau, les statistiques servent à mettre en lumière que l'utilisation de mesures apparemment neutres ont néanmoins pour effet d'aboutir à imposer un désavantage particulier à certaines catégories de personnes: si le défendeur ne peut justifier le recours à ces mesures comme poursuivant un objectif légitime par des moyens appropriés et nécessaires, il sera constaté qu'il s'est rendu coupable de discrimination. Il importe peu au fond que cette discrimination, que les statistiques auront permis de prouver, soit intentionnelle ou non.

Deux définitions distinctes de la discrimination indirecte coexistent cependant dans le droit de l'égalité de traitement, qui produisent des conséquences très différentes. Une première approche repose sur le concept d'impact disproportionné: lorsqu'il apparaît que telle mesure, apparemment neutre (c'est-à-dire n'opérant ouvertement aucune différence de traitement entre les membres du groupe A et les membres du groupe B), frappe en fait un nombre beaucoup plus important des membres de tel groupe, la mesure sera considérée comme suspecte, et ne pourra être maintenue qu'à condition de pouvoir être pourvue d'une justification objective et raisonnable. Cette approche de la discrimination indirecte est celle que retient la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, selon laquelle "une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre *affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe*, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique soit approprié(e) et nécessaire et puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés" (notre accent).⁴³ Plus généralement, c'est cette conception de la discrimination indirecte qui caractérise l'emploi qui est fait de la notion dans le droit de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Dans un des premiers arrêts⁴⁴ où elle bâtit sur la notion de discrimination indirecte, la Cour de justice des C.E. décide ainsi, à propos de la politique du personnel suivie par une société de grands magasins consistant à exclure les employés à temps partiel d'un régime de pensions d'entreprise, que "s'il devait s'avérer qu'un pourcentage considérablement plus faible de femmes que d'hommes travaillent à temps plein, l'exclusion des travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise serait contraire à l'article 119 du traité [égalité des rémunérations pour un même travail] lorsque, compte tenu des difficultés que rencontrent les travailleurs féminins pour pouvoir travailler à temps plein, cette mesure ne peut s'expliquer par des facteurs excluant une discrimination fondée sur le sexe."⁴⁵ De même, la Cour de justice considère qu'"aboutit en fait à une discrimination des travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins" une convention collective qui permet aux employeurs de maintenir une différence de rémunération globale entre deux catégories de travailleurs ayant les mêmes attributions en fonction du nombre d'heures prestées par semaine ou par mois, "lorsqu'il s'avère qu'en fait un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes travaille à temps partiel", à moins que la différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs soit justifiée "par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe."⁴⁶ Cette approche repose sur une analyse statistique de l'impact qu'à telle mesure, apparemment neutre, sur les deux catégories en présence: il revient au juge qui applique la règle de l'égalité de traitement d'apprécier si les données statistiques qui lui sont présentées sont valables, c'est-à-dire "si elles portent sur un nombre suffisant d'individus, si elles ne sont pas l'expression de phénomènes purement fortuits ou conjoncturels et si, d'une manière générale, elles apparaissent significatives."⁴⁷

Une seconde approche repose sur l'idée que certaines mesures, quoique ne prenant pas appui explicitement sur

⁴³ J.O.C.E., n°L 14 du 20.1.1998, p. 6.

⁴⁴ Mais voy. déjà C.J.C.E., 31 mars 1981, Jenkins, 96/80, Rec., p. 911.

⁴⁵ C.J.C.E., 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus GmbH, 170/84, Rec., p. 1607 (point 29). En l'espèce, le rapport était de un à dix entre les femmes et les hommes parmi les employés à temps plein, qui bénéficiaient par conséquent du régime de la pension d'entreprise. Selon les données fournies par la juridiction nationale allemande interrogeant la Cour de justice des C.E. par la voie préjudicielle, la situation était celle-ci : l'entreprise comprenait 72 % d'hommes et 28 % de femmes ; parmi les hommes, 90 % travaillaient à temps plein, et 10 % à temps partiel ; parmi les femmes, 61 % travaillaient à temps plein et 38,5 % à temps partiel.

⁴⁶ C.J.C.E., 7 février 1991, H. Nimz, C-184/89, Rec., p. I-297 (point 12). Dans le même sens, voy. par exemple C.J.C.E., 13 juillet 1989, Rinner-Kühn, 171/88, Rec., p. 2743 (point 12) ; C.J.C.E., 27 juin 1990, Kowalska, C-33/89, Rec., p. I-2591 (point 16) ; C.J.C.E., 2 octobre 1997, Kording, C-100/95, Rec., p. I-5289 (point 18).

⁴⁷ C.J.C.E., 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec., p. I-5535 (point 17).

⁴⁸ Voy. la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, J.O.C.E., n° L 180 du 19.7.2000, p. 22; et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, J.O.C.E., n° L 303 du 2.12.2000, p. 16.

⁴⁹ Voy. l'article 2 § 2 de chacune des directives précitées.

un critère de distinction prohibé, sont néanmoins *par nature, ou intrinsèquement, susceptibles de défavoriser les personnes appartenant à telle catégorie protégée contre la discrimination*, sans qu'il soit ici nécessaire de repérer, sur un plan statistique, si un impact disproportionné a effectivement lieu au détriment de cette catégorie. C'est cette dernière approche que privilégient les directives basées sur l'article 13 CE.⁴⁸ Ces directives prévoient en effet que la discrimination indirecte "se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes" définies par leur race ou leur origine ethnique, leur religion ou convictions, leur handicap, leur âge ou leur orientation sexuelle.⁴⁹ Cette méthode par laquelle mettre à jour la discrimination indirecte est illustrée de façon particulièrement claire par un arrêt *O'Flynn c. Adjudication Officer* rendu le 23 mai 1996 sur la base du règlement du Conseil n°1612/68, donc en matière de libre circulation des travailleurs.⁵⁰ Dans cet arrêt, dont les travaux préparatoires des directives basées sur la base de l'article 13 du traité CE attestent l'influence qu'il a exercée sur les auteurs de celles-ci,⁵¹ la Cour de justice des C.E. considère que l'article 7, paragraphe 2, du règlement n°1612/68 du 15 octobre 1968, qui prévoit que les travailleurs des autres États membres bénéficient dans l'État membre où ils travaillent "des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux", s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne l'octroi d'une indemnité concernant les frais funéraires exposés par un salarié à la condition que l'inhumation ait lieu sur le territoire de l'État membre qui accorde cette indemnité. Selon la Cour, "à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers" (point 20 – notre accent). La Cour poursuit : "Il n'est pas nécessaire, à cet égard, de constater que la disposition en cause affecte, en pratique, une proportion substantiellement plus importante de travailleurs migrants. Il suffit de constater que cette disposition est susceptible de produire un tel effet. [...] Il y a lieu, à cet égard, de relever que [...] c'est surtout le travailleur migrant qui, lors du décès de l'un des membres de sa famille, sera susceptible de faire procéder à une inhumation dans un autre État membre, compte tenu des liens que maintiennent généralement les membres d'une telle famille avec leur État d'origine." (points 21 et 22).

Bien que les articles 2 § 2 des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE prévoient que la discrimination indirecte s'entend du recours à un critère apparemment neutre mais en réalité intrinsèquement suspect en raison de ce qu'il est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les membres de certaines catégories protégées, le recours à la méthode de l'impact disproportionné pour établir une présomption de discrimination n'est pas exclue pour autant dans le cadre de ces directives. Celles-ci indiquent, dans leurs préambules respectifs, "que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques". La possibilité⁵² pour le droit ou la pratique nationale d'un État membre de prévoir ce mode de preuve résulte d'ailleurs de ce que, les directives n'ayant d'autre objet que de garantir une protection minimale contre les discriminations, elles autorisent les États auxquels elles s'adressent à prévoir des règles de preuve plus favorables aux plaignants.⁵³ Or l'usage de cette possibilité – l'admissibilité de la preuve de la discrimination par l'apport de données statistiques – fait passer, véritablement, d'une notion de discrimination indirecte à l'autre. Le champ d'applicabilité de l'interdiction de la discrimination indirecte se trouve étendu : avec l'admissibilité de la preuve statistique, se trouve interdit non seulement le recours à des mesures "suspectes" (c'est-à-dire qui, par nature, paraissent avoir été calculées pour produire un effet discriminatoire, ce qui permet de renverser la charge de la preuve au détriment de l'auteur de la mesure sans qu'il soit requis de mesurer l'impact statistique de ladite mesure), mais également le recours à des mesures qui s'avèrent avoir un impact disproportionné sur certaines catégories protégées.

⁴⁸ Depuis l'arrêt *Sotgiu* du 12 février 1974, il est de jurisprudence constante qu'en matière de libre circulation des travailleurs, "les règles de l'égalité de traitement [...] prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat"; l'arrêt *Sotgiu* en déduit "qu'il n'est donc pas exclu que des critères tels que le lieu d'origine ou le domicile d'un travailleur puissent, selon les circonstances, constituer, dans leur effet pratique, l'équivalent d'une discrimination de nationalité prohibée par le traité" (C.J.C.E., 12 février 1974, *Sotgiu*, 152/73, Rec., p. 153 (point 11)).

⁴⁹ L'arrêt *O'Flynn* n'est cependant pas le premier à recourir au critère de la discrimination indirecte que l'on développe ici. Voy. par ex. C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, 41/84, Rec., p. 1 (points 23 et 24) ("La règle d'égalité de traitement prohibe non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat"); C.J.C.E., 7 juin 1988, *Roviello*, 20/85, Rec., p. 2805 (point 15); C.J.C.E., 30 mai 1989, *Allué et Coonan*, 33/88, Rec., p. 1591 (point 12); C.J.C.E., 21 novembre 1991, *Le Manoir*, C-27/91, Rec., p. I-5531 (point 11); C.J.C.E., 28 janvier 1992, *Bachmann*, C-204/90, Rec., p. I-249 (point 9); C.J.C.E., 12 septembre 1996, *Commission c. Belgique*, C-278/94, Rec., p. I-4307 (point 28) ("Sont ainsi notamment prohibées les conditions indistinctement applicables qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants").

⁵⁰ Verra-t-on un jour la Cour de justice des C.E. ériger en obligation ce qui, pour l'heure, n'est qu'une simple faculté dans le chef des États membres ? Une telle évolution n'est pas à exclure. Il est permis de rappeler à cet égard que, par exemple dans l'affaire *Enderby*, c'est en tenant compte de ce que la demanderesse avait mis en avant des données statistiques permettant d'établir une apparence de discrimination que la Cour a considéré que "Dans une situation de discrimination apparente,

L'on peut présenter de la manière suivante ce qui différencie les deux approches de la discrimination indirecte. L'admissibilité de la preuve statistique faisant passer d'une approche centrée sur l'identification de mesures "suspectes" à une approche centrée sur l'"impact disproportionné", elle élargit le champ des pratiques prohibées, mais en même temps a) elle requiert une méthodologie appropriée (ci-après, I.2.) et b) elle crée dans le chef de l'auteur des mesures en cause la tentation de suivre en permanence l'impact, sur différentes catégories protégées contre les discriminations, des mesures qu'il met en oeuvre, et même – une fois qu'il ne sera plus possible à l'auteur de telle mesure de justifier les critères auxquels celle-ci fait appel – à viser une représentation équilibrée (proportionnée) de ces différentes catégories au terme des procédures qu'il instaure. Ce sont ces différentes conséquences de chacune des définitions de la discrimination indirecte que le tableau suivant vise à résumer:

	Méthode de l'évaluation de l'impact: l'impact disproportionné crée le soupçon de discrimination indirecte	Méthode de l'identification de la "mesure suspecte": le recours à ces mesures crée le soupçon de discrimination indirecte
Champ d'applicabilité	Large: permet de réclamer la justification de toute mesure dont l'examen des effets statistiques révèle l'impact disproportionné	Étroit : permet de réclamer la justification des seules mesures qui permettent de soupçonner une intention "masquée" de discriminer
Mise en œuvre	Suppose : - le classement des individus au sein des différentes catégories - qu'on recueille des statistiques portant sur un échantillon représentatif, et qu'on interprète ces statistiques en tenant compte des préférences ainsi que des qualifications exigibles	Suppose : - que les personnes appartenant à telle catégorie protégée présentent en commun certaines caractéristiques - et que ces caractéristiques, ainsi que la situation moyenne des membres du groupe par rapport à elles, soient connues
Incitant	À défaut d'être certain de pouvoir justifier chacun des choix opérés, l'auteur de la mesure ou celui qui en fait application tiendra compte, une fois épuisés les critères admis, de l'appartenance des personnes aux différentes catégories en présence (choix opéré selon une méthode lexicographique)	Celui à qui on reproche de recourir à un critère "suspect", soit tentera de mieux masquer la discrimination qu'il souhaite effectivement pratiquer impunément (y compris en recourant davantage à des procédures informelles), soit révisera le critère incriminé afin de s'assurer qu'il corresponde plus étroitement aux nécessités de l'emploi

Contraster ainsi ces deux méthodes, cela permet de mettre à jour, derrière ce qui semble s'apparenter à une banale question de preuve, l'enjeu fondamental que recouvre le choix entre deux définitions de la discrimination indirecte.

c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée. En effet, les travailleurs seraient privés du moyen de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si la présentation d'éléments permettant de révéler une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la différence de rémunération n'est pas, en réalité, discriminatoire. (C.J.C.E., 27 octobre 1993, Enderby, C-127/92, Rec., p. I-5535, point 18). En dépit de ce que la définition des modalités de preuve devant les juridictions nationales relève en principe de l'autonomie procédurale des États membres, qui leur est reconnue même dans l'application du droit communautaire, la Cour de justice des C.E. n'hésite pas en effet à imposer que les exigences de preuve du droit national ne rendent pas "pratiquement impossible ou excessivement difficile" la revendication en justice de droits attribués par l'ordre juridique communautaire (voy. déjà C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Società San Giorgio*, 199/82, Rec., p. 3595). Parfois, cette restriction à l'autonomie procédurale des États membres est justifiée par l'obligation de respecter le droit à un recours effectif (article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme): C.J.C.E., 15 mai 1986, *Jobston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 222/84, Rec., p. 1651 (point 20). Pour des références notamment à cet aspect de la jurisprudence communautaire rendue en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, précité, p. 177, note 37.

⁵³ Article 8, § 2, de la directive 2000/43/CE ; article 10, § 2, de la directive 2000/78/CE.

Les deux paragraphes qui suivent examinent successivement la méthodologie que réclame la méthode dite de l'«évaluation de l'impact» pour l'établissement de la preuve de la discrimination indirecte (c'est-à-dire l'établissement de cette preuve par le recours à des données statistiques), et les questions juridiques auxquelles cette méthodologie spécifique nous confronte.

1.2. La méthodologie du recours à des données statistiques

L'approche de la discrimination indirecte conduite en termes d'impact disproportionné (disparate impact) repose sur la comparaison statistique entre les compositions de deux groupes, un groupe "de référence" (groupe de départ) et un groupe "d'arrivée", comprenant l'ensemble des personnes ayant passé l'épreuve dont on cherche à mesurer l'impact. Au sein de chacun de ces groupes, les individus doivent être répartis en deux classes, A et B, correspondant respectivement à la classe dominante ou majoritaire et à la classe traditionnellement défavorisée ou minoritaire : la distinction entre les deux classes reposera sur des critères tels que le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, l'âge, le handicap ou l'orientation sexuelle. Si le rapport A / B représente la proportion des membres de chaque classe au sein du groupe de départ, le rapport A' / B' représentera la proportion au sein du groupe d'arrivée. On dira alors que l'épreuve dont on cherche à évaluer si elle est constitutive ou non de discrimination indirecte sera "suspecte" – entraînant le renversement de la charge de la preuve – lorsque les membres du groupe protégé (B) sont nettement moins bien représentés dans le groupe d'arrivée (au terme de la sélection) qu'ils ne l'étaient au sein du groupe de référence (au départ de la sélection), c'est-à-dire lorsque $A / B < A' / B'$. En pareille situation, il incombera à l'auteur de l'épreuve de justifier celle-ci, c'est-à-dire de montrer que cette épreuve poursuit un objectif légitime et que les mesures par lesquelles elle prétend réaliser cet objectif sont appropriées et nécessaires à sa réalisation.

Sur la plan méthodologique, le recours à des données statistiques suppose donc a) une délimitation suffisamment précise du groupe de référence ; b) un classement de chaque individu entre catégories (A et B, dans notre présentation); etc) que l'on définisse à partir de quel seuil l'impact de telle ou telle mesure "neutre" quant au critère de distinction prohibé doit être considéré comme disproportionné, et comme autorisant une nouvelle répartition de la charge de la preuve. C'est à partir d'une identification de ces conditions que l'on peut cerner les interrogations que suscite, sur le plan juridique, le recours à ce mode d'établissement de la preuve de la discrimination, ou plutôt à cette technique par laquelle la victime est autorisée à renverser la charge de la preuve, c'est-à-dire à créer une présomption de discrimination dont il incombera alors au défendeur de démontrer l'absence de fondement.

1.3. La recevabilité des statistiques dans le cadre de la procédure en justice

Les difficultés juridiques liées au recours aux données statistiques tiennent au traitement de données à caractère personnel dites "sensibles" que suppose en principe le classement d'un ensemble d'individus au sein de différentes catégories (1.3.1.) ainsi qu'au mécanisme même de la présomption que permet d'établir l'apport devant le juge de données statistiques, ce qui oblige alors le défendeur à établir la preuve d'un fait négatif, celui de l'absence de la discrimination alléguée (1.3.2.). En matière pénale, des restrictions particulières s'imposent, qui sont liées au principe de la légalité ainsi qu'à celui de la présomption d'innocence : dans le contexte de la procédure pénale, ces difficultés ont été jugées suffisamment sérieuses pour que le recours à des données statistiques s'y trouve en principe exclu (1.3.3.).

1.3.1. La question du traitement des données à caractère personnel dites “sensibles”

Dans le domaine du droit au respect de la vie privée de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel, certaines catégories de données – relatives à l'origine raciale, aux opinions politiques, aux convictions religieuses ou autres convictions, à la santé ou à la vie sexuelle – voient leur traitement soumis à des conditions particulièrement rigoureuses, en raison du risque de discrimination qu'implique le recours à de telles données. Paraphrasant sur ce point l'article 6 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ouverte à la signature dans le cadre du Conseil de l'Europe le 28 janvier 1981⁵⁴, la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données⁵⁵ prévoit ainsi que “Les Etats membres interdisent le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle” (article 8 § 1er).

Nous nous trouvons ainsi confrontés à un paradoxe : le traitement des données dites “sensibles” est soumis à des restrictions particulières en raison de ce que ces données portent sur des caractéristiques qui sont en principe sans pertinence pour l'adoption de décisions relatives à un individu, et que leur traitement crée par conséquent le risque de pratiques discriminatoires. Mais d'autre part, si la victime d'une discrimination veut amener à l'appui de son action certaines données statistiques qui vont permettre de présumer la discrimination – obligeant le défendeur à devoir démontrer qu'il n'a pas commis la discrimination reprochée –, le traitement de pareilles données sensibles est requis : avant que l'on puisse avancer que telle mesure, tel dispositif ou tel critère produit un impact disproportionné sur les personnes qui se définissent par leur appartenance “raciale” ou ethnique, par leur religion ou leur conviction, leur âge, leur handicap ou leur orientation sexuelle, il faut pouvoir répartir les personnes appartenant au groupe “de référence” comme celles appartenant au groupe “d'arrivée” en fonction de ces critères.

Pareille catégorisation est-elle possible, malgré le caractère sensible des données dont elle suppose le traitement? L'article 6 de la Convention n°108 du Conseil de l'Europe se borne à dire que les données sensibles “ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévois des garanties appropriées”. Quant à la directive 95/46/CE, elle admet le traitement des données sensibles dans cinq situations qu'elle énumère limitativement. L'interdiction du traitement de telles données, énonce la directive à l'article 8 § 2, “ne s'applique pas lorsque:

- a) la personne concernée a donné son consentement explicite à un tel traitement, sauf dans le cas où la législation de l'Etat membre prévoit que l'interdiction visée au paragraphe 1 ne peut être levée par le consentement de la personne concernée; ou
- b) le traitement est nécessaire aux fins de respecter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail, dans la mesure où il est autorisé par une législation nationale prévoyant des garanties adéquates; ou
- c) le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement; ou
- d) le traitement est effectué dans le cadre de leurs activités légitimes et avec des garanties appropriées par une fondation, une association ou tout autre organisme à but non lucratif et à finalité politique, philosophique, religieuse ou syndicale, à condition que le traitement se rapporte aux seuls membres de cet organisme ou aux personnes entretenant avec lui des contacts réguliers liés à sa finalité et que les données ne soient pas communiquées à des tiers sans le consentement des personnes concernées; ou

⁵⁴ S.T.E., n° 108.

⁵⁵ J.O.C.E., n° L 281 du 23.11.1995, p. 31.

⁵⁶ Article 4 § 2 de la directive 2000/78/CE. Sur le concept d'entreprise de tendance, voy. Fr. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1990, n° 423-430; G. Giugni, “Political, Religious and Private-Life Discrimination”, in F. Schmidt (ed.), *Discrimination in Employment, The Comparative Labour Law Group, Sockholm, Almqvist & Wiksell International*, 1978, pp. 191-238, spéc. pp. 197-199; G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, Paris, La Documentation française, 1992, n° 70; G. Dole, *La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail. Union européenne, t. I. Droit européen et droit français*, Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 127-142; O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Bruxelles-Bern-Oxford-New York-Wien, P.I.E. Peter Lang, 2001, pp. 71-77.

e) le traitement porte sur des données manifestement rendues publiques par la personne concernée ou est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice.”

Laissons de côté ici le cas spécifique des entreprises de tendance (Eglises, syndicats, partis politiques, organisations poursuivant des buts idéologiques) qui peuvent tenir compte des croyances ou des convictions de leurs membres ou de leurs employés,⁵⁶ et dont l'article 8 § 2, d), prévoit par conséquent qu'elles peuvent traiter ces données en dépit de leur caractère sensible. Pour le surplus, le régime fixé par la directive 95/46/CE, dont l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne⁵⁷ ont assuré aujourd'hui la transposition à l'exception de la France, implique qu'il faut distinguer deux domaines :

Dans le domaine de l'emploi, le traitement de données sensibles par l'employeur peut être admis, afin de se conformer aux obligations que lui impose la législation du travail, si cette législation prévoit des garanties appropriées (article 8 § 2, b) de la directive 95/46/CE). Afin de se couvrir des risques d'action en justice alléguant une discrimination au départ de certaines données statistiques portant sur la composition de la force de travail au sein de l'entreprise ou sur l'impact disproportionné de tel dispositif qu'il a mis sur pied, l'employeur sera tenté d'exercer une surveillance permanente sur les conséquences des décisions qu'il prend, quant aux répercussions de celles-ci sur les différentes catégories de travailleurs ou de candidats-travailleurs. Il devra à cette fin traiter les données “sensibles” que sont l'appartenance ‘raciale’ ou ethnique, la religion, ou la santé (le handicap). Cela n'est pas interdit en principe. Mais l'article 8 § 2 de la directive 95/46/CE impose que la législation nationale prévoit des garanties spécifiques, c'est-à-dire qu'elle encadre strictement la méthode suivie par l'employeur et l'usage qu'il fait de ces données, en particulier la manière dont ces données sont recueillies (seule une auto-identification du travailleur à certaines catégories rend cette assignation acceptable), la sécurisation des données (personnes ayant accès à ces données et conditions d'accès), et l'exercice par l'individu concerné de droits d'accès et de rectification.

Dans les autres domaines, notamment ceux de l'éducation ou de la fourniture de biens et de services, la directive 95/46/CE prévoit la possibilité d'un traitement de données sensibles soit moyennant le consentement de la personne concernée, soit lorsque pareil traitement “est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice” – les autres exceptions prévues à l'article 8 § 2 ne paraissent pas, quant à elles, applicables ici. Mais l'appui sur le consentement de la personne concernée est particulièrement fragile. Dans la directive 95/46/CE, la notion de consentement doit s'entendre d'une manifestation de la volonté “libre, spécifique et informée” par laquelle “la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement”.⁵⁸ Or l'on peut raisonner ici par analogie avec le scepticisme qu'exprime le Groupe de travail “Article 29” sur la protection des données, quant à la possibilité de légitimer le traitement de données en matière d'emploi par le consentement du travailleur, alors que, en situation de contrainte, le consentement n'est jamais tout à fait donné “librement”, mais au contraire accordé sous la menace pour le travailleur de perdre une opportunité d'emploi.⁵⁹ Le consentement du candidat locataire qui a besoin d'un logement pour lui-même et sa famille, ou du parent qui souhaite scolariser son enfant, n'est pas moins vicié que celui du candidat-travailleur : il est dangereux de faire reposer sur lui, exclusivement, la licéité du traitement de données sensibles.⁶⁰ Quant à la dernière exception que mentionne l'article 8 § 2 de la directive 95/46/CE, qui admet le traitement de données sensibles lorsqu'il “est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice”, elle ne répond pas à une question: cette exception permet-elle à l'employeur ou à celui qui offre un immeuble en locataire, par exemple, de se mettre préventivement à l'abri d'une action en justice alléguant qu'il s'est rendu coupable de discrimination au départ de

⁵⁷ Dans sa version originelle, l'article 6 de la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel traduisait ce régime particulier des données sensibles, en stipulant que le traitement de ces données sensibles n'était autorisé “qu'aux fins déterminées par ou en vertu de la loi” (Mon. b., 18.3.1993). La loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 a cependant modifié cette disposition, en posant le principe de l'interdiction du traitement des données “sensibles”, sauf certaines exceptions qu'énumère limitativement l'article 6 § 2 de la loi du 8 décembre 1992. Parmi ces exceptions figure le cas du traitement “nécessaire afin d'exécuter les obligations et les droits spécifiques du responsable du traitement en matière de droit du travail”; ainsi que celui du traitement “nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice”.

⁵⁸ Article 2, b) de la directive 95/46/CE.

⁵⁹ Avis n° 8/2001 du 13 septembre 2001.

⁶⁰ S'agissant des caractéristiques invisibles (orientation sexuelle, handicap invisible, caractéristiques génétiques, religion ou convictions), le consentement est de toute manière requis, à défaut de quoi le traitement de pareilles données serait impossible et ne pourrait avoir lieu qu'en violation du droit au respect de la vie privée de l'individu, comme droit au respect de la confidentialité de certaines informations personnelles. Mais qu'il s'agisse d'une condition nécessaire ne signifie pas pour autant que cette condition suffise.

la fourniture de certaines données statistiques, en tenant compte de l'appartenance des candidats-travailleurs ou des candidats bailleurs à certaines catégories définies par une catégorie suspecte?⁶¹ Cela ne paraît pas acquis. La directive 95/46/CE est pour le moins ambiguë sur cette question. Ses exigences mériteraient à tout le moins d'être clarifiées à cet égard. Un avis du Groupe de travail "Article 29" sur la protection des données⁶² pourrait être utilement sollicité sur ce point.

Dans un avis n° 8/2002 d'initiative relatif au traitement de données à caractère personnel par les sociétés privées d'intérim, qu'elle a rendu le 11 février 2002, la Commission belge pour la protection de la vie privée a estimé s'agissant du traitement de données à caractère personnel concernant les opinions religieuses ou l'origine raciale/ethnique de la personne concernée, que "le danger que ces données soient utilisées à des fins de discrimination est bien réel et s'est déjà produit dans le secteur des agences d'intérim" et que dès lors "le traitement de pareilles données manque de pertinence et constitue, dès lors, également une infraction pénalement punissable à la loi sur la protection de la vie privée. En effet, si aucune sélection ne peut se faire sur la base de ces données, il devient inadéquat et non pertinent de traiter de telles données". Cet avis ne tient cependant pas compte de ce que les obligations légales de l'employeur – qu'il s'agisse pour lui de se mettre à l'abri d'une action en justice alléguant qu'il s'est rendu coupable de discrimination, lorsque pareille discrimination peut être présumée à partir de données statistiques, ou qu'il s'agisse pour lui de mettre en oeuvre un plan d'action positive – peuvent justifier le traitement de données "sensibles". Mais on peut le considérer comme représentatif de la difficulté à passer d'une conception du rapport de travail qui exclut toute prise en compte des caractéristiques "sensibles" que présente l'employé, à une conception qui, au contraire, se fonde sur la présence de ces caractéristiques pour que les décisions en matière d'emploi et de travail n'opèrent au détriment d'aucune catégorie déterminée.

1.3.2. Le "renversement" de la charge de la preuve et la preuve de l'absence de discrimination

L'article 19 § 3 de la loi belge du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme prévoit : "Lorsque la victime de la discrimination ou [un des groupements autorisés à agir en justice dans les litiges auxquels l'application de la loi pourrait donner lieu] invoque devant la juridiction compétente des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation, qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, la charge de la preuve de l'absence de discrimination incombe à la partie défenderesse".

Ainsi que le note le considérant 21 de la directive 2000/43/CE, "L'aménagement des règles concernant la charge de la preuve s'impose dès lors qu'il existe une présomption de discrimination et, dans les cas où cette situation se vérifie, la mise en oeuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse". On a parfois proposé de décrire ce "renversement" de la charge de la preuve comme imposant au défendeur d'apporter la preuve d'un fait négatif, à savoir qu'il n'a pas opéré une différence de traitement sur la base d'un critère de distinction prohibé (tout en cherchant à masquer cette discrimination directe derrière le recours à une mesure neutre en apparence, c'est-à-dire n'opérant aucune différence de traitement ouverte), ou bien qu'il n'a pas mis en oeuvre une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes auxquelles s'applique un des motifs de discrimination prohibés (absence de discrimination indirecte). Saisi d'une demande d'avis par le Président de la Chambre des représentants de Belgique portant sur la proposition qui allait devenir la Loi du 25 février 2003, le Conseil d'Etat a même cru devoir souligner que, compte tenu de ce que "prouver une absence de discrimination

⁶¹ La recevabilité de la preuve statistique constitue un incitant pour l'agent qui risque de se voir reprocher un comportement discriminatoire de tenir compte de l'appartenance des personnes concernées à certaines catégories "suspectes" – l'employeur par exemple, qui sait qu'un déséquilibre significatif dans la composition de sa force de travail peut l'obliger dans le cadre d'une action en justice à justifier les critères de sélection auxquels il fait appel, en tirera la conclusion qu'il doit constamment surveiller l'impact de ses décisions sur cette composition. La réalité de ce lien est parfois contestée : voy. I. Ayres et P. Siegelman, "The Q-Word as Red Herring : Why Disparate Impact Liability Does Not Induce Hiring Quotas", *Texas L. Rev.*, vol. 74 (1996), p. 1487.

⁶² Instituté par l'article 29 de la directive 95/46/CE.

risque d'être particulièrement difficile", il importe que "les présomptions qui l'autorisent soient (...) à tout le moins suffisamment pertinentes et solides".⁶³

Cette prudence doit cependant être bien comprise.⁶⁴ D'une part, dans la répartition nouvelle de la preuve qu'opèrent les dispositions qui, s'inscrivant dans le cadre des articles 8 de la directive 2000/43/CE et 10 de la directive 2000/78/CE, permettent au demandeur d'obliger le défendeur à prouver qu'il ne s'est pas rendu coupable de la discrimination que certains faits permettent de faire présumer, la preuve du "fait négatif" n'est requise qu'en raison justement de ce que ces faits ont été, eux, prouvés : c'est ce que l'expression de "renversement de la charge de la preuve" obscurcit de manière peut-être dommageable. D'autre part, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a reconnu – dans un passage d'autant plus frappant qu'il s'inscrit dans le contexte d'une accusation pénale –, l'obligation qui s'impose à l'accusation de prouver les faits qu'elle allègue constitue un droit de l'accusé⁶⁵ qui "n'est toutefois pas absolu, car tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit, auxquelles la Convention ne met évidemment pas obstacle du moment que les Etats contractants ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense."⁶⁶

1.3.3. L'exclusion du renversement de la charge de la preuve en matière pénale

Les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, tout en prévoyant que les Etats membres prennent les mesures nécessaires afin qu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination doive être autorisée à établir devant une juridiction ou une autre instance compétente des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte et ainsi obliger la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement, excluent ce système dans le cadre des procédures pénales.⁶⁷

Il y a deux motifs à cette exclusion. Le premier motif tient aux exigences du principe de la légalité en matière pénale (*nullum crimen sine lege*). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, il résulte de cette disposition que l'individu doit pouvoir "à partir du libellé de la clause pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité".⁶⁸ Mais une interprétation large de ce principe signifie aussi qu'il s'oppose à ce que puisse être incriminé un comportement qui peut être imputé à l'agent alors que celui-ci ne peut savoir, au moment où ledit comportement est posé, que ce comportement peut engager sa responsabilité pénale, y compris si la loi est parfaitement claire, en raison de l'incertitude de l'agent quant au contexte dans lequel il agit. Interprété ainsi, le principe de légalité conduit à exclure les infractions purement matérielles, c'est-à-dire ne comprenant pas parmi leurs éléments constitutifs l'élément moral – l'état d'esprit de l'agent au moment de commettre l'infraction – : l'agent doit avoir commis de manière consciente et volontaire l'infraction, à défaut de quoi la matérialité de celle-ci ne suffira pas à justifier l'incrimination. En particulier, l'erreur invincible de l'agent – son ignorance quant au caractère délictueux de l'acte, lorsque dans les mêmes circonstances, tout homme raisonnable et prudent aurait été dans la même ignorance – peut constituer une cause de justification de l'acte.

Or, là où il est reproché à un agent – auteur de décisions chaque fois individuelles, consistant par exemple à accorder un bail à logement ou à effectuer un recrutement ou prendre une décision de promotion – de n'avoir pas anticipé les conséquences – sur le plan statistique, suite à une série de décisions individuelles – qu'aurait l'accumulation de décisions individuelles, il peut arriver que l'erreur invincible puisse être plaidée. Il n'est pas toujours possible, pour des raisons pratiques, par exemple là où l'adoption de décisions individuelles est décentralisée

⁶³ Avis N° 32.967/2 donné le 4 février 2002 à la demande du Président de la Chambre des représentants. Le Conseil d'Etat paraît par conséquent vouloir subordonner la compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux d'un renversement de la charge de la preuve en matière civile à l'adoption d'une méthodologie rigoureuse, écartant tout doute quant à la légitimité à établir une présomption de discrimination directe ou indirecte.

⁶⁴ Elle fut partagée, lors de la discussion parlementaire de la proposition législative qui allait devenir la Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, par un membre au sein de la Commission de la justice du Sénat, qui a estimé que "le demandeur aura toujours la possibilité de trouver des données statistiques qui lui sont favorables et il obtiendra automatiquement le renversement de la charge de la preuve sans que le lien direct entre des données statistiques à caractère général et le comportement discriminatoire incriminé ait été établi. La solution proposée va trop loin car elle met en péril les droits du défendeur qui sera obligé de prouver son innocence" (Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Kaçar, Doc. parl., Sénat, sess. 2001-2002, 18 décembre 2001, doc. 2-12/15, p. 189).

⁶⁵ Droit dont le droit à la présomption d'innocence constitue une traduction explicite à l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme mais qui, selon la Cour, "relève de la notion générale de procès équitable au sens de l'article 6 § 1" (Cour eur. D.H. (4^{ième} section), arrêt Phillips c. Royaume-Uni du 5 juillet 2001, § 40).

⁶⁶ *Ibid.*, § 40. La Cour renvoie à sa jurisprudence antérieure : Cour eur. D.H., arrêt Salabiaku c. France du 7 octobre 1988, série A n° 141-A, § 28.

⁶⁷ Voy. respectivement les articles 8 § 3 et 10 § 3 des directives.

⁶⁸ Cour eur. D.H., arrêt Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993, Série A n° 260-A, § 52; Cour eur. D.H., arrêt S.W. c. Royaume-Uni du 22 novembre 1995, Série A n° 335-B, § 35; Cour eur. D.H., arrêts Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne et K.-H. W. c. Allemagne du 22 mars 2001, respectivement § 50 et § 45.

au sein d'une organisation ou d'une entreprise, d'anticiper les conséquences que produit, sur un plan statistique, la multiplicité de décisions individuelles. Il se peut parfaitement qu'aucun des auteurs de ces décisions individuelles n'ait eu ou même n'ait pu avoir conscience du caractère délictueux de l'acte qu'il a pris, à défaut d'une information complète, et parfaitement à jour, sur l'impact qu'aurait l'adoption de telle décision sur un bilan statistique d'ensemble. Or, ainsi que la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique a eu l'occasion de le rappeler dans le second avis qu'elle a été amenée à donner sur le texte qui est devenu la Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, "dès lors que la notion de discrimination entre dans la définition de l'infraction (...) l'effet discriminatoire d'un comportement ne pourra être pris en considération que si l'agent a été conscient de sa survenance nécessaire (dol indirect) ou probable (dol éventuel), s'y est néanmoins résigné et en a accepté la réalisation plutôt que de renoncer à son comportement".⁶⁹

Le second argument justifiant l'exclusion d'une nouvelle répartition de la charge de la preuve se déduit du principe de la présomption d'innocence. Bien que l'article 6 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exclut pas le recours à certaines présomptions de l'homme, l'utilisation du mécanisme des présomptions afin d'établir la culpabilité d'un accusé peut, selon la Cour européenne des droits de l'homme, aboutir à une violation de la présomption d'innocence si elle aboutit à un renversement de la charge de la preuve, c'est-à-dire à dispenser l'accusation de devoir rapporter la preuve de l'infraction.⁷⁰ Certes, l'on pourrait considérer que, par le recours à des preuves statistiques, il ne s'agirait pas tant de faciliter pour la victime le fait de rapporter la preuve d'une infraction – le comportement discriminatoire du défendeur –, que d'imposer aux agents un comportement déterminé – celui de veiller à ce que les statistiques ne puissent donner à penser qu'ils recourent à des pratiques discriminatoires – sous peine de sanction pénale. Le recours à des statistiques ne servirait alors pas tant à prouver une infraction commise indépendamment, qu'à démontrer la présence d'un élément constitutif de l'infraction réprimée. Une telle présentation, cependant, ne serait conforme ni à la lettre ni à l'esprit des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE. Et elle exigerait en tout état de cause, si elle devait être retenue, une définition plus précise de l'infraction consistant pour l'agent à ne pas respecter certains objectifs définis en termes statistiques – par exemple, identifiant la composition ethnique de la force de travail d'une entreprise située dans une région déterminée, ou la répartition entre catégories ethniques des logements sociaux.

2. LES TESTS DE SITUATION

2.1. Valeur ajoutée de la preuve de la discrimination par le recours à des tests de situation

Ainsi qu'il a été exposé plus haut, le recours à des données statistiques afin d'établir une présomption de discrimination présente un lien étroit avec l'extension de l'interdiction de pratiquer certaines formes de discrimination indirecte : d'une définition de la discrimination indirecte prohibée qui entend celle-ci comme l'adoption d'une mesure susceptible de causer un désavantage particulier à certaines catégories protégées, l'on passe – avec l'adoption de ce qui, pourtant, n'est au départ qu'une modalité de preuve – à une définition élargie de cette forme de discrimination, qui englobe toute mesure neutre en apparence mais qui produit un impact disproportionné sur certaines catégories. Le recours à des tests de situation présente un lien, non pas avec la notion de discrimination indirecte, mais avec la discrimination directe "masquée", c'est-à-dire non revendiquée par celui qui s'en rend coupable. Elle vise à permettre de mettre à jour un comportement qui consiste à traiter moins favorablement une personne en raison de ce qu'elle présente une caractéristique particulière, que ne le serait une personne placée dans une

⁶⁹ Avis n° 32.967/2 du 18 février 2002, et la référence à C. Hennau et J. Verhaegen, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 1995, n°352-353.

⁷⁰ *Cour eur. D.H., arrêt Telfner c. Autriche du 20 mars 2001, §§ 15-16.*

situation comparable mais ne présentant pas une telle caractéristique, alors que l'auteur de cette différence de traitement tente d'éviter que ce comportement soit décelé.

Le test de situation s'assimile à des pratiques qui ont cours afin de faciliter la mise à jour d'autres infractions, notamment celles liées à la criminalité organisée. L'analogie la plus évidente est auxdits "pseudo-achats" dans le domaine de la lutte contre le trafic des stupéfiants. Dans les deux cas, il s'agit de surprendre l'agent alors qu'il est placé dans une situation de confiance, et ne soupçonne pas que ses faits et gestes sont observés afin de servir, le cas échéant, dans une procédure en justice.

2.2. La méthodologie du recours aux tests de situation

Le recours à des "tests de situation" suppose la comparabilité la plus complète possible entre le groupe "expérimental" présentant une caractéristique susceptible de donner prise à la discrimination et le groupe de "contrôle" identique du point de vue de toutes les caractéristiques pertinentes (qualification professionnelle, âge, apparence vestimentaire,...): pour que la preuve de la discrimination soit rapportée par cette voie, il s'imposera de vérifier cette comparabilité au départ d'une liste aussi complète que possible des éléments susceptibles d'influencer la décision d'un recruteur, d'un bailleur, ou d'un restaurateur – selon le cas de figure dont il s'agit.

La méthode a été essentiellement développée au Royaume-Uni, en tant qu'instrument de lutte contre les discriminations fondées sur la race ou l'origine nationale, par la Commission for Racial Equality. Dans le domaine du recrutement, elle consiste à présenter à un employeur potentiel deux candidats identiques en tous points, sauf en ce qui concerne leur origine ethnique ou nationale – ce que révèle la consonance de leur nom ou leur apparence physique –, et à comparer alors le sort réservé aux candidatures respectives.⁷¹ Cette technique de mise à jour de la discrimination a orienté l'importante étude comparative internationale portant sur les discriminations ethniques à l'embauche coordonnée par le Bureau international du travail à partir des directives méthodologiques de Fr. Bovenkerk.⁷² Elle a été décrite comme suit par B. Smeesters, dans le cadre de la recherche belge effectuée pour le compte du B.I.T. :

Deux enquêteurs présentent des critères de sélection identiques susceptibles d'intéresser un employeur qui recrute du personnel. Ils ont le même âge, ont un "background" similaire du point de vue de leur qualification mais ils diffèrent par l'origine ethnique. Si un seul des deux est engagé, la différence peut en principe n'être attribuée à aucune autre caractéristique qu'à leur origine ethnique.

Ce raisonnement présume que l'origine ethnique ne devrait jamais être un critère pertinent pour la sélection du personnel. Si la discrimination sur le marché du travail est présente, elle sera prouvée par un nombre suffisamment élevé de résultats des tests de situation allant dans le même sens.⁷³

En comparaison avec la méthode consistant à identifier la discrimination au départ des seules données quantitatives portant sur le statut socio-économique, par rapport à la moyenne de la population, des membres de tel groupe ethnique, la méthode des "tests de situation" présente en principe l'avantage de mettre à jour ce qui, parmi les facteurs explicatifs de ce statut moins favorable, est attribuable à la discrimination, par opposition à ce qui peut être rapporté à d'autres facteurs, et notamment à la formation généralement moins bonne dont bénéficient les membres de tel groupe ethnique ou à leur moins bonne maîtrise de la langue. Cet avantage résulterait de la présentation de candidatures *en tous points identiques, sauf en ce qui concerne l'origine ethnique des candidats* placés

⁷¹ Sur cette technique, voy. surtout J. Wrench et D. Owen, *Preventing Racism at the Workplace, The UK National Report, Centre for Research in Ethnic Relations, Univ. of Warwick, Coventry, 1996. Pour une comparaison avec les limites que rencontrait jusqu'il y a peu le droit français dans la lutte contre les discriminations, en raison des difficultés de preuve, M. Miné, "Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France-Royaume-Uni", Travail et Emploi, n°80, septembre 1999, p. 91.*

⁷² Fr. Bovenkerk, *A Manual for International Comparative Research on Discrimination on the Grounds of 'Race' and Ethnic Origin*, Genève, International Labour Organisation, 1992.

⁷³ *La discrimination à l'embauche en raison de l'origine étrangère. Contribution belge à la recherche comparative internationale du Bureau international du travail, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, S.S.T.C., 1997, p. 16.*

ainsi en concurrence⁷⁴: si cette condition est respectée, c'est-à-dire l'expérience correctement conduite, la préférence reconnue au candidat d'origine nationale ne serait attribuable qu'à la discrimination dont le recruteur, l'employeur dans la plupart des cas, se rend coupable.

Le test de situation ainsi conçu permet de mettre à jour des discriminations "masquées" – soit inavouées, soit dissimulées derrière des arguments neutres qui ne sont alors que des prétextes –, qu'on suppose donc conscientes dans le chef de l'auteur. Par construction, les "tests de situation" ne peuvent servir à identifier l'existence de discriminations indirectes, liées à l'utilisation de certains critères ou au recours à certaines procédures qui, appliquées à des personnes appartenant à des groupes différents, aboutissent à désavantager plus particulièrement les membres de certains groupes. En effet, le "test de situation" opère sur la base d'une comparaison entre deux candidatures identiques en tous points, ce qui normalement interdit au sélectionneur de départager les candidats en concurrence sur une base autre que sur la base du seul trait qui les distingue – par exemple, dans le domaine de prédilection de cette technique, sur la base de leur différence d'origine nationale ou ethnique. Cette identité des deux candidatures, en principe, qui est obtenue par construction méthodologique, signifie que les critères ou procédures suspects, ceux que l'on soupçonne de créer une discrimination indirecte, n'auront pas de prise possible : comme aucun élément ne distingue les deux candidats sinon la différenciation par un trait suspect, ces critères ou procédures ne pourront normalement opérer de tri entre les deux candidats.

Une infirmité peut-être plus gênante de la méthode des "tests de situation" réside dans les stratégies d'évitement auxquelles, pourvu que ces tests se généralisent, elle pourra donner lieu. Ces stratégies vont consister dans le chef de l'auteur de la discrimination, très simplement, à accumuler à propos des différentes candidatures en concurrence un nombre suffisant d'informations, afin de justifier la sélection opérée sur d'autres motifs que celui, inavouable, du trait suspect. Ces stratégies minent la méthode des "tests de situation" en mettant en cause l'hypothèse d'une parfaite substituabilité des candidatures, hypothèse qui constitue à la fois l'atout méthodologique de ces tests et leur point faible. Pour le faire comprendre, il est permis d'imaginer deux situations très épurées, dans le domaine de l'emploi qui peut servir ici d'exemple.

Dans une première situation (A), deux curriculum vitae sont envoyés à un même employeur, à la suite d'une offre d'emploi que celui-ci a fait paraître. Ces curriculum vitae sont parfaitement identiques, sauf sur des points purement anecdotiques (les deux candidats sont nés la même année, mais à des dates différentes); les deux candidats satisfont aux exigences formulées dans l'offre d'emploi qui est parue. Or, seul est appelé pour un premier entretien le candidat dont le nom a une consonance européenne; il n'est pas répondu à la candidature introduite par la personne dont le nom a une consonance arabophone⁷⁵. En pareil cas, la discrimination directe est aisée à mettre à jour. Il sera difficile au sélectionneur de renverser la présomption établie à son encontre.

Dans une deuxième situation (B), alors que les conditions de départ sont identiques à celles de la situation A, les deux candidats sont appelés pour un premier entretien avec le sélectionneur. Au cours de l'entretien, le sélectionneur se renseigne sur les notes obtenues au cours des études des deux candidats ; au cours de la conversation, il passe parfois à l'anglais, à l'allemand, langues que, dans leurs curriculum vitae, les candidats ont affirmé maîtriser; au terme de l'entretien, le sélectionneur présente, à chacun des candidats qu'il a entendus, les membres de la petite équipe avec laquelle ils pourraient être amenés à travailler. À la suite de ces deux entretiens, seul est retenu pour une discussion plus approfondie le candidat dont le nom a une consonance européenne. Mais comment en déduire que c'est en raison de la discrimination exercée à l'encontre de l'autre candidat,

⁷⁴ Sur cet avantage que présente le recours aux tests de situation, voy. dans la recherche précitée pp. 16, 20, et 239 (n. 250).

⁷⁵ Sur la prise en compte de la consonance étrangère du nom du candidat dans le recrutement, voy. Ph. Bataille, *Le racisme au travail*, Paris, La Découverte, 1997, pp. 50-57 ; N. Negrouche, "Discrimination raciale à la française", *Le Monde diplomatique*, mars 2000, p. 7.

dont le nom est à consonance arabophone? La masse de renseignements recueillis à propos des deux candidats ne fournit-elle pas, au sélectionneur, plus d'arguments qu'il n'en faut pour expliquer son choix si, d'aventure, l'on devait s'enquérir de ses raisons ?

La généralisation des "tests de situation", comme méthode servant à mettre à jour les discriminations directes masquées, peut aboutir à inciter les recruteurs, qui savent que l'impunité ne leur est plus garantie dans la situation A, à s'inscrire dans la situation B, tout en conservant fermement l'intention de discriminer sur la base du trait suspect. Pour le recruteur, cela revient à saper la fondation méthodologique des "tests de situation", qui en fait justement la valeur: c'est substituer, à la construction artificielle de candidatures absolument identiques, la réalité d'une quantité pratiquement infinie d'informations que le recruteur est susceptible de réunir à propos de chacun des candidats qui se présentent à lui, et dont il lui sera aisé de s'emparer afin d'y trouver les raisons par lesquelles justifier son choix.⁷⁶ La difficulté de contrôler les jugements qu'il peut alors émettre tient au fait que ces jugements sont fondés largement sur l'intuition ou sur la combinaison de critères distincts qui, plutôt que de s'empiler les uns sur les autres, permettent une appréciation individualisée de la compétence d'une personne.

2.3. La recevabilité des tests de situation dans le cadre de la procédure en justice

La loi belge du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination, déjà citée, prévoit que les modalités d'exécution du test de situation – dont la loi admet qu'il peut conduire à imposer à la partie défenderesse la charge de prouver l'absence de discrimination – seront déterminées par un arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres.⁷⁷ Dans son second avis donné sur le projet de loi tendant à lutter contre la discrimination, la section de législation du Conseil d'Etat avait estimé qu'une intervention sur ce point du législateur était requise, étant donné que celui-ci est mieux placé que l'Exécutif pour "trouver un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et de la non-discrimination (...) et les autres droits et libertés fondamentales [le Conseil d'Etat cite le respect du domicile, de la vie privée et familiale, du secret des lettres, et du secret professionnel], et de veiller ainsi à ce que les 'tests de situation' ne puissent encourir le reproche de constituer des provocations ou des procédés déloyaux".

La question des conditions de recevabilité de ce mode de preuve est en effet délicat, compte tenu du risque d'abus qu'il implique. Au minimum, cette recevabilité doit être subordonnée à des conditions de méthode définies de manière rigoureuse. De préférence, il faudrait qu'une personne présentant certaines garanties d'indépendance et de crédibilité – telle notamment qu'un huissier de justice – puisse garantir les conditions dans lesquelles la preuve a été recueillie. Il est permis de résumer la mission d'une telle personne – chargée de l'authentification du "test de situation" – par deux composantes : 2.3.1.) elle doit assurer que, dans le déroulement du "test de situation", rien ne permette de soupçonner que le comportement fautif ou délictueux a été provoqué par les auteurs du test: celui-ci doit simplement permettre de constater, ou d'enregistrer, un comportement qui aurait eu lieu même en l'absence de la construction d'une situation artificielle; 2.3.2.) elle doit garantir la rigueur méthodologique du "test de situation", notamment la comparabilité des personnes appartenant au groupe "expérimental" présentant une caractéristique suspecte (par exemple parce qu'ayant telle origine ethnique ou portant de manière visible tel insigne religieux) avec les personnes appartenant au groupe "de contrôle".

2.3.1. Vie privée et risque de provocation

Dans l'avis précité, la section de législation du Conseil d'Etat de Belgique a manifesté en particulier sa préoccupation par rapport aux risques d'atteinte au droit au respect de la vie privée qu'impliquerait le recours aux "tests de situation"⁷⁸. Si l'interdiction de la discrimination doit tenir compte des exigences de la vie privée – ce

⁷⁶ L'Etat qui admet sous sa juridiction que la discrimination puisse être prouvée par le recours à des tests de situation impose aux opérateurs économiques sur son territoire des contraintes d'ordre administratif, liées à la nécessité de fournir une motivation suffisamment détaillée de chaque refus d'embauche et de conserver une trace de ces motivations. Le coût de ces contraintes n'est sans doute pas à sous-estimer.

⁷⁷ Article 19 § 4 de la Loi.

⁷⁸ On notera que, lorsque le concours d'un huissier de justice est requis pour ce test, il a l'obligation de refuser de contribuer à une atteinte au droit au respect de la vie privée ou, par exemple, à une violation du domicile : voy. M. Storme, "De bewijswaarde van het proces-verbaal van vaststelling van materiele feiten door een gerechtswaarder op verzoek van particulieren (art. 516 Ger. W.) en aanverwante vragen", R.W., 1994-1995, p. 345.

qui explique que cette interdiction ne sera imposée que dans le domaine public ou semi-public (emploi, offre de biens ou services, etc.), mais non dans le cadre de la sphère purement privée –, en revanche ces exigences ne paraissent pas faire obstacle en principe à la licéité du recours au mode de preuve que constitue le test de situation. En effet, dans des situations où il était question du recours à des agents infiltrés dans certains milieux criminels, notamment ceux des trafiquants de drogue, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que ne constitue pas une ingérence dans la "vie privée" le fait d'introduire auprès d'un individu une personne ayant une identité fictive, dans le seul but de surprendre l'illégalité.

Ainsi dans un arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992⁷⁹, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le recours à des agents infiltrés ne constituait pas en principe une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des personnes dont les activités criminelles se trouvent démasquées par cette méthode particulière d'enquête. En l'espèce, le requérant, un trafiquant de drogue, avait été piégé par un agent assermenté qui s'était fait passer auprès de lui pour un acheteur potentiel d'une quantité importante de cocaïne; M. Lüdi ayant été placé sur table d'écoutes, la condamnation pénale qui s'ensuivit pouvait se fonder non seulement sur les rapports de l'agent infiltré, qui lui avait été présenté sous le pseudonyme "Toni" et dont M. Lüdi avait ignoré jusqu'au bout l'identité réelle, mais également sur l'enregistrement de ses conversations avec l'agent. La Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que "l'intervention d'un agent infiltré [avait] changé le caractère essentiellement passif de la mesure en ajoutant aux écoutes téléphoniques une dimension tout à fait spéciale : les paroles écoutées étaient provoquées par la relation que Toni avait nouée avec le suspect", si bien que l'infiltration constituait "une ingérence séparée dans la vie privée de M. Lüdi, appelant une justification distincte sous l'angle du paragraphe 2 de l'article 8"⁸⁰. Selon l'arrêt rendu par la Cour le 15 juin 1992 au contraire, "le recours à un agent infiltré ne touche ni en soi ni par sa combinaison avec les écoutes téléphoniques à la sphère de la vie privée au sens de l'article 8"⁸¹.

Le point de vue adopté par cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises depuis⁸², en dépit des développements spectaculaires qu'a connus, parallèlement, le concept de vie privée. La jurisprudence plus récente a cependant précisé que, là où des agents infiltrés contribuent à faire naître l'infraction, laquelle n'aurait pas été perpétrée sans leur intervention, l'on sort du cadre de l'infiltration proprement dite – qui doit consister en une observation purement passive de l'activité délictueuse –, et l'on aboutit, par la provocation dont ces agents se rendent coupables, à une atteinte à l'équité du procès⁸³. Pareille atteinte n'a pas lieu, pour autant, lorsque les agents infiltrés n'ont été que des acteurs passifs de la commission de l'infraction, par exemple lorsqu'ils se font livrer une certaine quantité de stupéfiants en se contentant de répondre à une offre, et sans jouer le rôle d'agents provocateurs de l'infraction.⁸⁴

2.3.2. Loyauté de la preuve

L'interdiction de la provocation qui se déduit de cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – interdiction d'ailleurs formulée de manière plus rigoureuse que ce qui se déduit de la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique sur la même question⁸⁵ – ne constitue qu'une traduction particulière d'une exigence plus large, celle de la loyauté dans l'établissement de la preuve de l'infraction. Cette exigence a donné lieu à une jurisprudence de la Cour de cassation de France lorsque celle-ci a été confrontée à la question spécifique des "tests de situation". Sa décision la plus récente⁸⁶ est un arrêt du 11 juin 2002, rendu sur un pourvoi de l'association SOS-Racisme, la Cour de cassation de France a cassé un arrêt rendu le 5 juin 2001 par la cour d'appel de Montpellier. Ce dernier arrêt avait relaxé les prévenus du chef de discrimination raciale lors de la fourniture d'un service en raison de l'origine ou de l'ethnie et a débouté la partie civile, car selon le juge d'appel la preuve de la discrimination n'avait pas été établie selon un procédé loyal : "l'opération de "testing" réalisée par des groupes de clients potentiels a été réalisée de manière unilatérale par l'association, qui a fait appel uniquement à ses adhérents ou

⁷⁹ Sur cet arrêt, voy. Ch. DE VALKENNEER, "L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 313.

⁸⁰ Voy. le Rapport établi par la Commission européenne des droits de l'homme en vertu de l'anc. article 31 de la Convention, le 6 décembre 1990, § 56. Cette prise de position de la Commission est d'autant plus notable qu'elle s'inscrit en écart par rapport à sa jurisprudence antérieure: comp. *Commis. eur. D.H.*, req. n°10747/84, B. c. Allemagne, déc. du 7 octobre 1985, non publiée.

⁸¹ *Cour eur. D.H.*, arrêt *Lüdi c. Suisse* du 15 juin 1992, §§ 36 et 40.

⁸² Voy. *Commis. eur. D.H.*, req. n° 28994/95, S.E. c. Suisse, déc. d'irrecevabilité du 4 mars 1998; ou *Commis. eur. D.H.*, req. n° 22463/93, R. Müller c. Autriche, déc. d'irrecevabilité du 28 juin 1995.

⁸³ Voy. *Commis. eur. D.H.*, rapp. (anc. art. 31) du 11 octobre 1990 dans l'affaire *Radermacher et Pferrer c. Allemagne*, *Ann. C.E.D.H.*, vol. 34, p. 274; *Cour eur. D.H.*, arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal* du 9 juin 1998, *Rec. 1998-IV*, p. 1463, spéc. §§ 42-43 et §§ 31-39.

⁸⁴ Dans une décision d'irrecevabilité rendue le 22 octobre 1997 – à un moment où l'affaire *Teixeira De Castro* citée à la note précédente était pendante devant la Cour, mais alors que la Commission avait déjà formulé l'avis que, dans cette dernière affaire, le requérant avait été victime d'une atteinte à l'article 6 § 1er, de la Convention –, la Commission européenne des droits de l'homme notait que la nouvelle espèce qui lui était soumise différait fondamentalement de l'hypothèse d'agents infiltrés "provocateurs" car "the undercover agents did not take the initiative to contact the applicant with a view to importing heroin into the United Kingdom, but only reacted to an offer by the applicant. In this respect, the applicant's case is distinguishable from *Teixeira De Castro v. Portugal* where the Commission found a violation of Article 6 § 1 of the Convention because of the role played by "agents provocateurs" in bringing about that applicant's

sympathisants dûment informés que le but de l'opération était, non pas d'entrer à "La Nuit", au "Soleil" ou au "Toro Loko", mais de démontrer la ségrégation existant à l'entrée de ces établissements".

L'examen des motifs de l'arrêt de la cour d'appel suggère que la loyauté du procédé du "testing" a suscité des doutes dans le chef de cette juridiction, pour le motif que, en raison de leur intention de mettre à jour une discrimination qu'ils soupçonnaient et avaient voulu prouver, les auteurs de ces tests de situation auraient pu – notamment par leur comportement ou leur port vestimentaire – créer les conditions du refus d'accès aux établissements concernés qui leur fut opposé. Ainsi le juge d'appel note-t-il que "si le testing révèle une différence d'attitude de la part des portiers, aucun élément ne permet d'affirmer que le critère racial propre aux intéressés motivait ce refus; que par ailleurs, il résulte des témoignages reçus devant le tribunal correctionnel et des attestations versées aux débats par les prévenus que la clientèle des établissements "La Nuit" et "Le Soleil" est multiraciale; que les divers prévenus ont contesté avoir pratiqué une discrimination raciale, que rien ne permet d'affirmer que les prévenus ont sélectionné la clientèle sur des critères raciaux, hormis l'opinion subjective des parties civiles, et qui si une sélection a lieu, elle est habituelle dans ce type de commerce et repose sur des critères de commercialité et de créneau de clientèle, comme c'est l'usage pour des établissements réservés aux "gays", aux "blacks", aux "hétéros" ou à la "jet set". C'est le défaut de comparabilité qui est sanctionné : la juridiction d'appel semble avoir considéré qu'il y a pu avoir d'autres motifs de refuser l'accès aux militants de SOS-Racisme que leur origine ethnique. Selon la cour d'appel de Montpellier, à défaut de garanties suffisantes quant aux conditions de son déroulement, le "test de situation" pourrait ne pas constituer un procédé suffisamment loyal par lequel prouver l'existence d'une discrimination : "... la méthode du "testing" employée par l'association SOS Racisme, qui s'est déroulée sans aucune intervention d'un officier de justice ou d'un huissier de justice, est un mode de preuve qui n'offre aucune transparence et n'est pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale et porte atteinte aux droits de la défense". La cassation de l'arrêt se fonde essentiellement sur le considérant qu'en subordonnant la recevabilité du "testing" comme mode de preuve de l'infraction reprochée, la juridiction d'appel a méconnu l'article 427 du Code de procédure pénale, qui énonce le principe de la liberté de la preuve pénale.

Les affaires qui viennent d'être citées – et notamment cette dernière affaire, la plus proche de notre objet – concernent, certes, la recevabilité de la preuve produite par l'accusation dans le cadre d'une poursuite pénale. La preuve est, dans ce cadre, libre en principe; mais elle est exclue soit lorsqu'elle a été recueillie selon un procédé illégal, ou lorsque les conditions dans lesquelles elle a été recueillie ou dans lesquelles elle est présentée violent les principes généraux du droit et, notamment, les droits de la défense. Cependant, ceux-ci, et la notion plus large de procès équitable à laquelle ils se rattachent, s'imposent en matière civile comme ils s'imposent en matière pénale. Et en général, les solutions dégagées dans le cadre de procédures pénales, s'agissant de techniques de preuve pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu, seront transposables à la procédure conduite devant les juridictions civiles. L'analogie s'impose par exemple lorsqu'une partie civile a recouru aux services d'un détective privé pour "provoquer" la faute qui lui permettra, ensuite, de justifier un licenciement⁸⁷ ou d'entamer une procédure en divorce en se fondant sur l'adultère de l'époux⁸⁸. Un auteur qui a tenté de dresser le bilan de ces situations où des détectives privés ou des huissiers de justice ont été amenés à recourir à des stratagèmes ou à des ruses, ou à se prêter à la ruse organisée par la partie privée, a dû constater l'incohérence des solutions dégagées par les juridictions civiles qui ont été confrontées à de telles situations – le fait que l'huissier de justice n'ait pas spontanément révélé sa qualité, en particulier, ayant donné lieu à des appréciations contradictoires de la part des juges.⁸⁹ Un encadrement juridique strict du recours aux tests de situation est donc particulièrement bienvenu.

conviction. As opposed to Teixeira De Castro v. Portugal, in the present case, it has not been established that the undercover agents were the real initiators of the offences. The Commission also notes that, as opposed to the applicant in Teixeira De Castro, the applicant in the present case had a long-term involvement in the heroin trade and was ready and willing to commit the crime even without the involvement of the undercover agents") (Commiss. eur. D.H., req. n° 34225/96, Mohammed Halid Shabzad c. Royaume-Uni, déc. du 22 octobre 1997). Voy. encore Cour eur. D.H., déc. G. Calabro c. Italie et Allemagne du 21 mars 2002 (req. n° 59895/00) (le recours à des agents infiltrés ne constitue pas une violation du droit à un procès équitable dès lors que ces agents n'ont pas provoqué l'infraction).

⁸⁷ Voy. Cass. b., 5 février 1985, Gaddam, Pas., 1985, I, 690; Cass. b., 7 février 1979, Salerno, Pas., 1979, I, 665. Et F. Kury, "Lorsque Strasbourg déclare que la provocation policière vicie ab initio et définitivement tout procès pénal", J.L.M.B., 1998, p. 1155.

⁸⁸ Voy. également Cass. fr. (crim.), 12 septembre 2000, Fardeau et autres (rejetant les pourvois introduits contre un arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 2 novembre 1999 ayant prononcé trois condamnations pour discrimination raciale et complicité, à la suite de déclarations de quatre jeunes de type maghrébin et d'une journaliste, ainsi que du constat d'un huissier les accompagnant, alors que ces jeunes s'étaient vu refuser l'entrée à un établissement de nuit).

⁸⁷ Trau. Mons, 16 mars 1995. Inédit, Justel n° 12433.

⁸⁸ Ciu. Bruxelles (31ème ch.), 28 juin 1988, inédit, n° 331, R.G. n°25264.

⁸⁹ Voy. Ch. De Valkeneer, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 281-284.

RESUME DES ATELIERS: THEMES ET SUJETS SOULEVES

Les discussions qui s'en sont suivies parmi les participants au cours des deux jours de la réunion d'experts ont réaffirmé la complexité d'apporter la preuve de la discrimination, ce qui constitue un obstacle majeur pour établir l'existence d'une discrimination.

Droit civil contre droit pénal

La difficulté d'apporter la preuve d'une discrimination s'applique tant au droit civil qu'au droit pénal. Cependant, les distinctions bien nettes entre ces deux droits ont été rappelées, à savoir qu'alors que, dans les poursuites d'ordre pénal, l'intention poussant l'accusé à commettre un acte raciste doit être démontrée, selon le droit civil, l'intention ne constitue pas un élément pertinent et, par ailleurs, il suffit qu'il existe un risque de voir une discrimination survenir: il n'est pas nécessaire que cette discrimination ait été effectivement perpétrée, comme c'est le cas dans le cadre du droit pénal. Ainsi, par exemple, lorsqu'une personne se voit refuser l'entrée dans une discothèque et que la discothèque prétend que ce refus se fonde sur un code vestimentaire, cette discothèque doit apporter la preuve de l'existence d'un véritable code vestimentaire pour prouver que ce point constituait bien le motif du refus et que ce motif ne résidait pas dans l'origine raciale ou ethnique de la personne. Sans un code vestimentaire écrit, il existe un risque de discrimination raciale. Une situation analogue pourrait survenir dans le domaine de l'emploi, en l'absence d'un système d'évaluation écrit des fonctions.

Il a été souligné que, dans certains pays où la discrimination n'est interdite qu'en vertu du droit pénal, un principe voulant que l'on ne puisse établir l'existence d'une discrimination que lorsque celle-ci constitue le seul motif de l'acte entraîne une raréfaction des poursuites; souvent, dès qu'un autre motif est découvert, l'aspect racial du crime est ignoré par le juge. L'accent a été mis sur le fait que par rapport aux Directives CE, le droit civil est plus pertinent que le droit pénal. Effectivement, l'Article 8 de la Directive sur l'égalité raciale, l'Article 10 de la Directive-cadre et la Directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe prévoient l'aménagement de la charge de la preuve au civil uniquement.

Méthodes destinées à prouver la discrimination

Lorsqu'un chef d'accusation est porté devant les tribunaux – ce qui n'est nullement assuré, la victime se montrant souvent réticente à porter plainte officiellement – apporter la preuve d'un fait de discrimination peut s'avérer difficile à bien des égards. Au nombre des types de preuve, on peut citer:

- Les témoins: bien qu'il puisse y avoir des témoins, il se peut que ceux-ci redoutent de témoigner devant un tribunal par crainte de répercussions au niveau de leur propre vie (ce qui constituerait une mesure de rétorsion, également considérée comme illégale par la Directive sur l'égalité raciale). Un moyen suggéré pour surmonter cet obstacle consiste à donner l'occasion de faire une déposition à la police qui soit lue à haute voix devant le tribunal sous condition que l'anonymat du témoin soit préservé.
- L'enregistrement audio/télévisuel: les juges font montre généralement d'une certaine circonspection avant d'accepter ce type de preuve, selon le principe de l'égalité des armes entre les parties en litige (Article 6 CEDH).

Expérimentation de la situation

L'expérimentation de la situation peut, si elle est admise, s'avérer un outil efficace pour apporter la preuve qu'une discrimination s'est produite. Elle offre une preuve objective et proche de la situation réelle. Toutes les juridictions n'acceptent pas l'expérimentation, certaines la considérant comme une provocation. Toutefois, le Royaume-Uni a eu recours à ce type de preuve durant de longues années et son utilisation va croissante dans d'autres

pays européens. En France, les tribunaux ont accepté l'expérimentation comme forme probante de la discrimination au niveau de l'emploi et dans des affaires d'accès aux boîtes de nuit (cf. commentaire par Oliver De Schutter). En Belgique, l'utilisation de l'expérimentation est prévue dans la législation sur la lutte contre les discriminations récemment adoptée bien que l'expérimentation fût antérieurement admissible dans des affaires de droit civil comme pénal et a été utilisée pour prouver l'existence d'une discrimination au niveau de l'emploi, du logement et de l'accès aux boîtes de nuit.

Statistiques et Monitoring

Les préambules de la Directive sur l'égalité raciale et de la Directive-cadre de la CE font référence à la preuve statistique dans leur paragraphe 15: l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale ou à une autre instance compétente, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, qui peuvent prévoir, en particulier, que la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques.

Certaines juridictions, toutefois, se montrent plus soucieuses en ce qui concerne la collecte de telles statistiques car une telle méthode implique l'enregistrement de l'appartenance ethnique des citoyens. En France, par exemple, on avance pour argument à cet égard que le monitoring ethnique et donc l'étiquetage des citoyens sous certaines catégories transgresserait la garantie constitutionnelle selon laquelle les citoyens forment un tout "uni et indivisible". En outre, l'objectivité de la preuve statistique elle-même se voit parfois remise en question.

Au Danemark, aux Pays-Bas et en Suède, les statistiques sont recueillies sur base d'une auto-identification volontaire des minorités. En plus, au Royaume-Uni, tout le monde est tenu de compléter ce que l'on appelle le formulaire de recensement (Census form), qui comprend une question sur le contrôle ethnique, proposant des catégories définies d'auto-identification (dont diverses "autres" catégories). La question portant sur la religion est laissée en option. Tous les autres formulaires de monitoring ethnique dans les secteurs publics et privés sont fondés sur un principe volontaire. Il existe divers programmes conçus en fonction de l'objectif que tente d'atteindre l'organisation (par exemple, il y a eu des circonstances où un système de "classification de gestion" pouvait être utilisé). L'expérience au Royaume-Uni laisse suggérer que, lorsque le monitoring ethnique sur base volontaire est clairement expliqué et bien communiqué, les taux de réponse tendent à être assez élevés alors qu'ils sont régulièrement très faibles lorsque les personnes interrogées n'en comprennent pas la finalité et l'usage qui en sera fait. En vertu de la Loi sur les relations raciales, la 'Race Relations Act', certains employeurs du secteur public sont tenus de contrôler leurs employés et de produire des rapports publics sur ces chiffres.

Le Danemark connaît un système où les quatre derniers chiffres du numéro de sécurité sociale peuvent indiquer de quel pays une personne a immigré au Danemark (y compris les réfugiés) ou qu'elle est descendante d'un immigrant, mais uniquement dans le cas où aucun des parents de l'immigré ou descendant d'immigré n'est né au Danemark et n'a la nationalité danoise. Ces chiffres ne peuvent être décodés que par l'office national danois des statistiques. Sur demande, cet office peut informer les entreprises sur la composition ethnique de leur personnel. L'information est anonyme et ne sera communiquée que si le nombre d'employés est suffisamment élevé pour empêcher l'identification des employés faisant partie d'une minorité ethnique. En Suède, les sociétés peuvent envoyer une liste de personnel au bureau national des statistiques qui permet d'en déduire les minorités ethniques présentes au sein de la main-d'œuvre. Il ne s'agit pas d'une obligation légale, mais cette procédure est entrée dans la pratique courante.

Dans les années 1990, les Pays-Bas ont introduit une loi réglementant l'appartenance ethnique sur le marché du travail. Elle souleva un véritable tollé, tout d'abord parce que les personnes la comparaient au monitoring exercée jadis par les Nazis et ensuite parce qu'elle rendait les entreprises qui ne participaient pas à ce monitoring coupables d'un fait pénal. Au terme de deux années, la loi a été réformée et expurgée de son élément pénal. Désormais, l'enregistrement est assuré par les entreprises sur base volontaire. Les employés remplissent annuellement des formulaires et les entreprises sont alors censées prendre en considération la composante de leur main-d'œuvre et la façon de l'améliorer. Il n'existe pas d'autres exemples de monitoring ethnique aux Pays-Bas. La police a l'habitude de surveiller le crime par l'identification de l'appartenance à une minorité ethnique. Le bureau général de recensement étudie et conserve des statistiques sur le nombre de minorités ethniques vivant aux Pays-Bas mais il ne s'agit pas d'un enregistrement. Les résultats sont néanmoins assez précis et ce système offre une excellente solution alternative à l'enregistrement.

Deux conditions ont été citées pour assurer un monitoring ethnique acceptable: des procédures claires et des objectifs bien définis. L'exemple donné de la police surveillant l'appartenance ethnique des criminels ne satisfaisait pas à des critères objectifs bien définis. Les catégories du groupe ethnique peuvent être soit inscrites dans la législation soit développées au cas par cas par le système judiciaire. Même si des groupes particuliers sont cités dans un formulaire, la personne devrait toujours être en mesure de choisir un groupe qui ne se trouve pas stipulé dans la liste. L'absurdité consistant à baser les catégories sur la nationalité a été soulignée, vu que les minorités possèdent de plus en plus souvent la nationalité de l'Etat dans lequel ils vivent.

La Commission européenne tient beaucoup à promouvoir une discussion concernant le 'monitoring ethnique' sur la base d'une auto-identification et souligne que la Directive sur l'égalité raciale de la CE requiert une réflexion de la part des gouvernements dans le contexte de l'apport de la preuve de la discrimination indirecte. Les statistiques portant sur le sexe sont déjà largement utilisées et des parallèles devraient être établis avec celles-ci. Les Etats membres ont une obligation de compte rendu en vertu de cette Directive et devront dès lors être à même d'évaluer l'efficacité des lois et mesures adoptées. Il n'y a pas lieu d'obliger quelqu'un à faire enregistrer ses caractéristiques mais bon nombre de personnes reconnaissent les caractéristiques liées à leur appartenance ethnique minoritaire, ce qui devrait être pris en compte de telle sorte que les gouvernements puissent prendre des mesures pour éradiquer la discrimination.

La jurisprudence de la Cour européenne de justice relative à l'utilisation des statistiques portant sur le sexe a mis bien du temps à se développer et l'on peut s'attendre à ce qu'il en aille de même de la jurisprudence en matière de statistiques sur l'appartenance ethnique. Il a été souligné que les décisions de la Cour européenne de justice sur l'utilisation des statistiques concernaient les affaires les plus simples et que même celles-ci ont mis beaucoup de temps avant d'aboutir.

Le déplacement de la charge de la preuve dans les affaires civiles

L'Article 8 de la Directive européenne sur l'égalité raciale et l'Article 10 de la Directive-cadre qui stipule que lorsqu'une victime établit, *devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement.* Cette disposition ne s'applique pas aux procédures pénales, en vertu des garanties de procès équitable.

L'expérience du principe de déplacement de la charge de la preuve - dans les affaires de discrimination sexuelle en particulier mais aussi dans des affaires de discrimination raciale dans certains Etats membres de l'UE tels que les Pays-Bas et le Royaume-Uni - a montré qu'il est de plus en plus difficile d'établir les "faits à partir desquels on peut supposer..." (l'affaire qui, de prime abord, paraît fondée). On ne peut pas toujours déterminer exactement ce qui est requis pour déclencher le mécanisme de déplacement de la charge de la preuve. Ainsi, par exemple, dans une affaire de harcèlement racial, la charge de la preuve devrait-elle être déplacée après que l'existence du harcèlement ait été établie ou pas avant que l'on ait pu établir la présence de l'élément racial dans le harcèlement?

En Autriche, l'établissement du caractère de prime abord fondé qu'il y a bien eu discrimination est devenu beaucoup plus aisé pour les femmes dès que l'Office de médiation pour l'égalité des chances dans l'emploi a été fondé et a commencé à aider les victimes dans leurs affaires juridiques. L'Office de médiation a enregistré toutes les plaintes de discrimination qu'il avait reçues et des modèles se sont dessinés. C'est ainsi, par exemple, qu'un employeur se gardait systématiquement de promouvoir les femmes pour des motifs de "manque de qualités de gestion". Même si, dans un cas précis, la discrimination n'a pu être prouvée, une série de plaintes serait considérée comme une preuve de modèle discriminatoire suffisante pour établir une présomption de discrimination permettant de déplacer la charge de la preuve chez l'employeur. Ceci a conduit notamment à une kyrielle de découvertes par la Cour suprême de discriminations en termes de rémunérations et d'intimidations sexuelles.

De façon analogue, en Suède, il y a eu tant d'affaires relatives à des minorités n'ayant pas été conviées à un entretien de candidature pour un poste à pourvoir, constituant des cas évidents de discrimination directe, que la charge de preuve est aisément déplacée dans de tels cas. Une affaire récemment gagnée par l'Ombudsman contre la discrimination ethnique impliquait une femme d'origine bosniaque qui s'était vu refuser un emploi sur base de deux facteurs: elle avait un accent lorsqu'elle s'exprimait en suédois et, lorsque l'employeur potentiel le lui avait dit, elle s'était fâchée. Il était difficile de prouver auquel des facteurs et donc à laquelle des deux personnes était imputable la non-obtention de l'emploi mais la Cour a estimé qu'il y avait eu discrimination raciale.

Etant donné que la Commission néerlandaise pour l'égalité de traitement est compétente pour entendre des affaires, elle peut agir de manière proactive dans l'établissement des faits et la demande de chiffres, à la différence des affaires relevant des tribunaux civils traditionnels où la partie doit apporter les faits. Le Conseil national roumain pour la lutte contre la discrimination a soulevé la question de l'exception au principe du déplacement de la charge de la preuve dans l'Article 8(5) de la Directive sur l'égalité raciale de la CE et l'Article 10(5) de la Directive-cadre pour les procès dans lesquels il incombe à un tribunal ou une instance compétente de vérifier les faits de l'affaire. Pour l'heure, les limites de cette exception ne sont pas encore connues.

La Commission britannique pour l'égalité raciale (CRE) dispose également de pouvoirs statutaires pour mener enquête auprès des organisations après avoir reçu des allégations de pratiques de discrimination raciale. Cela permet à la CRE de demander aux organisations de fournir des informations et, si nécessaire, de produire des documents. En ce qui concerne les plaintes individuelles, les plaignants peuvent, en vertu de la Loi sur les relations raciales telle qu'elle a été amendée, envoyer un questionnaire au défendeur et, en cas d'absence de réponse de ce dernier, le plaignant peut utiliser cet élément pour décider s'il engage ou maintient des poursuites ou non à l'encontre de celui-ci. Il s'agit d'une manière de créer une affaire qui, de prime abord, paraît fondée.

En Belgique, les employeurs se disent préoccupés par le fait que la nouvelle loi belge impliquera qu'ils devront enregistrer toute candidature et tout entretien d'embauche de manière à pouvoir réfuter toute allégation de discrimination devant le tribunal, ce qui donnera lieu à une sensible augmentation de leur charge administrative. Des craintes se font entendre aussi en provenance de l'Association nationale des propriétaires, qui redoute que les allégations de discrimination seront difficiles à réfuter. L'Association prétendait qu'il relevait du libre choix du propriétaire de choisir à qui il louait sa propriété, tenant compte de considérations telles que de savoir si la personne conviendrait à la communauté vivant là et si elle serait capable de payer le loyer.

L'un des plus importants défis consiste à garantir que le système judiciaire sache comment traiter le déplacement de la charge de la preuve. Il s'agit d'un élément cité comme problématique en Hongrie. On observe une opposition significative à l'introduction du déplacement de la charge de la preuve dans des affaires de discrimination raciale dans certains Etats membres de l'UE. Il a été remarqué que ce phénomène était surprenant étant donné que tous les Etats membres de l'UE ont été assujettis à l'obligation d'introduire ce principe en ce qui concerne la discrimination sexuelle et ceci avant même qu'un grand nombre de juridictions aient fait usage de cet outil dans la législation du travail.

D'autres moyens d'améliorer l'efficacité des procédures

- Il est extrêmement important pour les juges et les membres du tribunal de comprendre le traitement différencié et d'être formés dans ce domaine.
- Il faudrait idéalement qu'un magistrat/juge soit désigné pour ce qui concerne les plaintes relatives au racisme.
- Le ministère public ne comprend souvent pas les définitions de discrimination. La police/le ministère public devrait suivre une formation spéciale afin de pouvoir prendre en charge ces cas. Des mesures doivent être prises pour surmonter la méfiance vis-à-vis de la police souvent ressentie parmi les victimes.
- Des organes professionnels devraient assurer l'instruction d'autres instances, dont les tribunaux, quant à savoir ce qu'il faut entendre par discrimination.
- La lutte contre la discrimination doit être considérée comme une priorité par le gouvernement ainsi que par la police.
- Des moyens suffisants doivent être fournis pour aider les victimes de discrimination.
- Des alternatives aux recours judiciaires telles qu'une médiation devraient être prévues.
- Lorsqu'une question sur l'interprétation des directives communautaires sur l'anti-discrimination est soulevée devant une juridiction d'un des États membres de l'UE, cette juridiction devrait, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour européenne de justice de statuer sur cette question. Une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est obligée de saisir la Cour de justice dans une telle affaire (Article 234 du Traité CE).
- Un organe spécialisé devrait pouvoir être partie au tribunal.

D'autres échanges entre les organes spécialisés portant sur leurs expériences positives et négatives en matière de preuve de la discrimination ont été demandés. Les problèmes rencontrés devraient être connus et il conviendrait de réfléchir à une centralisation des informations. Des méthodes mises en application pour encourager les victimes à porter plainte devraient également être échangées. Des programmes, des codes de conduite et des petits conseils pratiques sur la façon de traiter avec les médias devraient être partagés.

AGENDA

MARDI 14 JANVIER 2003, MERCREDI 15 JANVIER 2003

MARDI, 14 JANVIER

DEBUT DU SEMINAIRE AU CENTRE DE PRESSE INTERNATIONAL "RESIDENCE PALACE",
155 RUE DE LA LOI, BRUXELLES

9.00 Accueil des participants et café

9.30 Session plénière dans la salle "Maelbeek":

Discours de bienvenue par Johan Leman, Directeur du Centre pour l'Egalité des Chances et la Lutte contre le Racisme

9.40

- Représentante des autorités judiciaires : expérience de l'application de la loi belge contre le racisme devant les tribunaux : Anne-Marie Zwartebroekx, Substitut du Procureur du Roi de Bruxelles
- Centre pour l'Egalité des Chances et la Lutte contre le Racisme: expérience de l'apport de preuve en matière de discrimination et d'aide aux victimes dans la recherche de témoignages, Ingrid Aendenboom, Conseillère Juridique.
- Prouver la discrimination sexuelle, Patrick Humblet, Professeur de Droit du Travail à la Faculté de Droit de l'Université de Gand

Questions

11.05 Pause café

11.20 Réactions d'ONG défendant les droits de différents groupes discriminés :

- MRAX (Racisme et Xénophobie), Pierre-Arnaud Perrouy, Conseiller juridique
- FWH (Gays, Lesbiennes et Bisexuels), Anke Hintjens

12.15 – 13.45 Déjeuner

13.45 Atelier dans la salle Maelbeek

Echange d'expériences et aperçu du problème de l'apport de preuve de discrimination dans les pays participants. Les problèmes se posent-ils de la même façon? Que pouvons-nous apprendre des situations/ législations/initiatives de chacun ? (Pause Café à 15h30)

17.30 Fin des activités de la première journée

MERCREDI 15 JANVIER

METHODES VISANT A PROUVER LA DISCRIMINATION: ETENDUE, POSSIBILITES, QUESTIONS

9.00 Session plénière dans la salle Maelbeek

1. Preuves statistiques et monitoring:

- Professeur Frank Caestecker, SOMA: présentation de la recherche sur les possibilités d'enregistrement ethnique dans le cadre de l'action positive dans l'administration flamande.
- Professeur Olivier De Schutter, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain: conditions préalables et prérequis légaux dans le domaine des preuves statistiques et du testing de situation.
- Stefan Verschuere, directeur de cabinet de Alain Hutchinson, Secrétaire de l'Etat chargé du Logement, Bruxelles : Les statistiques et le secteur du logement: le principe de non-discrimination est-il conciliable avec une politique de "mixité sociale" dans le secteur du logement?

2. Test de situation:

Le test de situation est un moyen d'apporter la preuve de discrimination: Michel Vanderkam, Département de la Politique d'Intégration du Centre pour l'Egalité des Chances présente son expérience de testing sur le marché du travail, dans les discothèques et dans le secteur du logement (offres de location).

10.30 Pause café

11.00 Session plénière dans la salle Maelbeek

3. Preuves statistiques et test de situation: les pour et les contre:

- Pertinence de ces méthodes dans d'autres cas de discrimination: le point de vue d'une organisation de gays et lesbiennes et d'une organisation de personnes présentant un handicap, Anke Hintjens, Fédération Holebi, et Philippe Laurent, L'Agence wallonne pour l'intégration des personnes handicapées (AWIPH).
- Le point de vue d'une organisation patronale: Organisation du Patronat Flamand (VEV), Steven Van Muylde, Service d'étude.
- Le secteur du logement: le point de vue des propriétaires et des locataires
Geert Inslegers, Vlaams Overleg Bewonersbelangen (Comité flamand de concertation des intérêts des locataires) Katelijne D'Hauwers, Algemeen Eigenaarssyndicaat (Syndicat Général des Propriétaires)

Questions aux orateurs

12.20 - 13.30 Déjeuner / Conférence de presse

13.30 Atelier dans la salle Maelbeek

15.30 Pause café

16.00 Conclusions générales des ateliers, présidées par Eliane Deproost, Directrice-adjointe du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

16.30 Fin du séminaire

PARTICIPANTS À LA REUNION:

Allemagne:

Tarik Tabbara, Bureau du Commissaire du Gouvernement Fédéral à l'Immigration, aux Réfugiés et à l'Intégration

Autriche:

Ingrid Nikolay-Leitner, Médiateur pour l'Égalité des Chances au Travail

Eva Fehringer, Ministères des Affaires Économiques et du Travail

Belgique:

Johan Leman

Ingrid Aendenboom

Dirk De Meirleir

Eliane Deproost

Marissa Fella

Raymonde Foucart

Laurent Jadoul

François Sant Angelo

Marco Van Haegenborgh

et Michel Vanderkam, Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme

Bruno Blanpain, DLA

Frank Caestecker, SOMA

Hans Clauwaertt et Jackie Van Damme, Service de Recherche, Ministère de l'Emploi et du Travail

Paulette De Coninck, cellule des travailleurs plus âgés, Ministère de l'Emploi et du Travail

Katelijne D'Hauwers, Syndicat Général des Propriétaires

Olivier De Schutter, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain

Reza Gholamalizad et Amina Nadi, cellule entreprise multiculturelle, Ministère de l'Emploi et du Travail

Anke Hintjens, Fédération Holebi

Patrick Humblet, Faculté de Droit de l'Université de Gand

Geert Inslegers, Comité flamand de concertation des intérêts des locataires

Phillipe Laurent, Agence Wallonne pour l'Intégration des Personnes Handicapées (AWIPH)

Michel Pasteel, Cabinet de la Ministre Onkelinx, Vice PM, Ministre de l'Emploi et du Travail

Pierre-Arnaud Perrouy, Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xénophobie (MRAX)

Alan Squilbeck, Tribunal du Travail de Bruxelles

Philippe Van de Castele, Services de Direction du Médiateur Fédéral

Steven Van Muylder, Association des Employeurs Flamands (VEV)

Michael Venturi, Ministère de l'Emploi et du Travail

Stefan Verschuere, Cabinet d'Alain Hutchinson, Secrétaire d'Etat au Logement

Anne-Marie Zwartebroekx, Substitut du Procureur du Roi de Bruxelles

Danemark:

Mandana Zarrehparvar, Centre Danois pour les Droits de l'Homme

France:

Sarah Pellet, Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme

Lituanie:

Ausrine Burneikiene, Médiateur pour l'Egalité des Chances

Hongrie:

Eszter Regenyi, Bureau du Commissaire Parlementaire aux Droits

Italie:

Roberta Capponi et Mario Serio, Bureau Légal du Département pour l'Egalité des Chances

Pays-Bas:

Jenny Goldschmidt

Doete Jongsma

Ida Saabeel-Schoenmaker

et Marcel Zwamborn, Commission pour l'Egalité de Traitement

Pologne:

Maria Anna Knothe et Dominika Walentynowicz, Secrétariat du Plénipotentiaire du Gouvernement pour l'Egalité du Statut des Femmes et des Hommes

Roumanie:

Christian Jura, Conseil National pour la Lutte contre la Discrimination

Slovaquie:

Jana Kvičincská, Bureau du Gouvernement, Section des Droits de l'Homme, des Minorités et du Développement Régional

Slovénie:

Marisa Gortnar, Bureau Gouvernemental pour l'Egalité des Chances

Suède:

Margareta Wadstein et Weini Kahsai, Ombudsman contre la Discrimination Ethnique

Royaume-Uni:

Hazel Baird et Pam Smith, Commission pour l'égalité raciale (Grand-Bretagne)

Geraldine Scullion, Commission pour l'Egalité pour l'Irlande du Nord

Commission Européenne:

Adam Tyson, DG Emploi et Affaires Sociales

Migration Policy Group:

Isabelle Chopin et Janet Cormack



VERS LA MISE EN ŒUVRE UNIFORME ET DYNAMIQUE DE LA LEGISLATION DE L'UE EN MATIERE DE LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS: LE ROLE DES ORGANISMES SPECIALISES

La Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (Directive sur l'égalité raciale) et la Directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Directive-cadre) améliorent les possibilités de lutte contre la discrimination dans l'Union Européenne. Ces Directives complètent le programme législatif existant sur la discrimination fondée sur le sexe, auquel a tout récemment été ajoutée la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Tous les Etats Membres de l'Union Européenne se doivent d'adapter leur législation pour en assurer la conformité aux Directives.

Selon l'Article 13 de la Directive sur l'égalité raciale, un ou plusieurs organismes doivent être chargés de la promotion de l'égalité de traitement entre toutes les personnes, sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. Ces organismes peuvent faire partie d'autres organismes ayant un mandat plus large que la discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. L'Article 8a de la Directive 76/207/CEE, modifié par la Directive 2002/73/CE exige la même chose par rapport à la discrimination fondée sur le sexe. Les compétences des organismes sont d'apporter aux personnes victimes d'une discrimination une aide indépendante, de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, de publier des rapports indépendants et d'émettre des recommandations sur toutes les questions liées à ces discriminations. Plusieurs Etats sont donc confrontés au défi soit d'établir un organisme entièrement nouveau à cette fin, soit de réviser le mandat d'un organisme existant.

Le projet *Vers la mise en oeuvre uniforme et dynamique de la législation de l'UE en matière de lutte contre les discriminations: le rôle des organismes spécialisés* est financé par le Programme d'action communautaire de lutte contre la discrimination (2001-2006). Il crée un réseau d'organismes spécialisés et vise à promouvoir l'interprétation et la mise en oeuvre uniforme des Directives CE anti-discrimination et à stimuler le développement dynamique de l'égalité de traitement dans les Etats Membres de l'Union Européenne. Il promeut l'adoption de dispositions plus favorables à la protection du principe de l'égalité de traitement que celles prévues dans les Directives ainsi que stipulé par les Articles 6(1) de la Directive sur l'égalité raciale et l'Article 8(1) de la Directive-cadre. Les partenaires du projet sont: l'Ombud pour l'égalité des chances dans le domaine de l'emploi (Autriche), le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique), l'Autorité pour l'Egalité (Irlande), la Commission pour l'Egalité de Traitement (Pays-Bas), l'Ombudsman contre la discrimination ethnique (Suède), la Commission pour l'égalité raciale (Grand-Bretagne), la Commission pour l'Egalité pour l'Irlande du Nord (Irlande du Nord) et le Migration Policy Group (Bruxelles).

Le projet sert de tribune afin de promouvoir l'échange d'information, d'expériences et des meilleures pratiques. Des organismes spécialisés d'autres Etats Membres de l'UE, actuels et accédants, participent également aux activités du projet.

Ceci est le rapport de la première des sept réunions d'experts organisée dans le cadre du projet, qui a été organisée par le Centre belge pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme les 14 et 15 janvier 2003 à Bruxelles. Le thème de la réunion était: 'Prouver la discrimination', avec un accent particulier sur l'aménagement de la charge de la preuve, les tests de situation, les preuves statistiques et le monitoring ethnique visant à établir ces statistiques.

