

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quels dispositifs pour prouver la discrimination ?

Van Der Plancke, Véronique; Rorive, Isabelle

Published in:

Les nouvelles lois luttant contre la discrimination = De nieuwe federale antidiscriminatiewetten

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Der Plancke, V & Rorive, I 2008, Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? dans S Van, S Drooghenbroeck & S Ch. (eds), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination = De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*. La Chartre, Bruxelles, pp. 417-461.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

QUELS DISPOSITIFS POUR PROUVER LA DISCRIMINATION?

ISABELLE RORIVE

Chargée de cours

Faculté de droit

Université libre de Bruxelles

VÉRONIQUE VAN DER PLANCKE

Chercheuse

Rattachée au Centre de philosophie du droit de l'UCL et au Centre «Droits fondamentaux & Lien social» des FUNDP

INTRODUCTION

Dans les affaires de discriminations, l'obstacle de la preuve s'avère souvent infranchissable. Les dossiers n'aboutissent pas en justice car, dans la plupart des cas, la victime est incapable de prouver la discrimination dont elle fait l'objet. Rares sont en effet les auteurs de discriminations qui reconnaissent les faits. Ces cas risquent d'être d'autant plus isolés aujourd'hui que les récentes campagnes anti-discrimination, menées notamment à l'initiative de la Commission européenne dans la mise en œuvre des directives «Race» et «Emploi» (1), ont largement attiré l'attention du public sur le caractère répréhensible de ces pratiques. Peu enclins à passer aux aveux, les auteurs de discriminations se montrent également attentifs à ne pas laisser de traces écrites de leurs pratiques. Par ailleurs, l'existence de témoignages, généralement déterminante pour l'issue d'une plainte, est très aléatoire. Or, dans de nombreux cas, les témoins sont absents ou peu disposés à faire une déposition par crainte de représailles (2). Et lorsque témoignages il y a, ils se révèlent souvent vagues, lacunaires ou contradictoires (3).

Le domaine de l'emploi est emblématique de cette situation. Alors que la loi Moureaux pénalisait, depuis 1994 dans ce secteur (4), toute discrimination fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique d'une personne, à notre connaissance aucune condamnation n'est jamais intervenue sur la base de cette législation pour une discrimination à l'embauche. Une recherche menée sous l'égide du Bureau international du travail à la fin des années nonante a pourtant montré l'ampleur de ce type de discriminations

(1) La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ni d'origine ethnique (dite «directive Race») et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (dite «directive Emploi» ou «directive Cadre»).

(2) Les directives «Race» et «Emploi» ont certes prévu la protection des témoins contre des mesures de rétorsion (voy. respectivement leurs articles 9 et 11). Les lois fédérales du 10 mai 2007 ont, à leur tour, introduit des dispositifs protecteurs au bénéfice des témoins à condition qu'ils aient «signé et daté» un document relatif à la plainte. Si cette mesure devrait utilement inciter les personnes à formaliser leur témoignage, faudrait-il regretter que la protection ne s'applique pas aux témoins informels, ainsi par exemple aux collègues agissant en simple qualité de conseil ou de soutien de la victime (voy. en ce sens l'Avis motivé de la Commission des Communautés européennes adressé au Royaume de Belgique, 17 octobre 2007, C(2007)4798)?

(3) Pour de plus amples développements, voy. P.-A. PERROUTY et I. RORIVE, «Réflexions sur les difficultés de preuve en matière de discriminations», *Revue du droit des étrangers*, 2005, n° 133, pp. 161 et s.

(4) Art. 2bis de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, introduit par une loi du 12 avril 1994, *M.B.*, 14 mai 1994.

en Belgique (5). Et des études réalisées ces dernières années confirment que la situation demeure alarmante (6).

Pour éviter que les dispositifs de lutte contre les discriminations ne restent lettres mortes, des mécanismes particuliers ont dû être imaginés (7). Ils concernent tant le jeu de la charge de la preuve que l'utilisation de modes de preuve plus insolites comme les tests de situation judiciaires ou les statistiques. Ceux-ci ont défrayé la chronique ces dernières années. Ils sont autant d'illustrations des embûches que le droit de la non-discrimination doit surmonter pour assurer son effectivité tout en veillant au respect de la vie privée et aux garanties du procès équitable.

§ 1. L'AMÉNAGEMENT DE LA CHARGE DE LA PREUVE

I. Les prémisses prétoriennes en droit européen et en droit comparé: un phénomène de pollinisation croisée

Dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi (8), la Cour de Justice des Communautés européennes a été confrontée, pendant de nombreuses années, aux difficultés que rencontrent les femmes pour établir les discriminations salariales dont elles sont victimes, notamment parce qu'elles n'ont pas accès aux informations pertinentes.

(5) B. SMEESTERS et A. NAYER, *La discrimination à l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère: le cas de la Belgique. Contribution belge à la recherche comparative internationale du Bureau international du travail*, Genève, BIT, 1998.

(6) Voy., par exemple, L. OKKERSE et A. TERMOTE, *Étude statistique n° 111. Singularité des étrangers sur le marché de l'emploi. À propos des travailleurs allochtones en Belgique*, Bruxelles-Louvain, Direction générale statistique et information économique, 2004; A. MARTENS, N. OUALI, M. VAN DE MAELE, S. VERTOMMEN, PH. DRYON et H. VERHOEVEN, *Discriminations des étrangers et des personnes étrangères sur le marché du travail de la Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Courthéoux, janvier 2005.

(7) Participe de ce même souci, l'adoption de législations civiles, et non plus pénales, pour lutter contre les discriminations en Europe. Pour la Belgique, voy. M. GRATIA, «Effectivité de la législation antiraciste en Belgique», *Du principe vers la pratique*, M. MIGUEL SIERRA et K. ROMBERG (coord.), ENAR, juin 2001, pp. 5 et s.

(8) Dès le traité de Rome, les différences salariales fondées sur le sexe furent prohibées par le droit communautaire (art. 119 CEE, devenu art. 141 CE). Voy. aussi la directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins; la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre 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. Ces directives ont été refondues dans la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Afin de rendre le principe d'égalité de traitement effectif, la juridiction européenne a développé une jurisprudence originale, inspirée de celle de la Cour suprême américaine (9), aux termes de laquelle «la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations» (10). Dans cette perspective, une mesure ou une pratique qui, dans les faits, frappe défavorablement «un nombre beaucoup plus élevé» de femmes que d'hommes, est contraire au droit communautaire, à moins que l'employeur ne puisse la justifier sur la base de facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (11). De même, lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, «par rapport à un nombre relativement important de salariés», que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins (12).

Dans le domaine des discriminations ethniques, d'autres juridictions ont suivi la même voie. Au Royaume-Uni, par exemple, où le premier *Race Relations Act* fut adopté dès 1965, un magistrat de la *Court of Appeal* a ainsi déclaré en 1992: «it is unusual to find direct evidence of racial discrimination. Few employers will be prepared to admit such discrimination even to themselves. In some cases the discrimination will not be ill-intentioned but merely based on an assumption that 'he or she would not have fitted in'». Et d'en conclure: «a finding of a difference in treatment and a finding of a difference in race will often point to the possibility of racial discrimination. In such circumstances the tribunal will look to the employer for an explanation. If no explanation is then put forward or if the tribunal considers the explanation to be inadequate or unsatisfactory it will be legitimate for the tribunal to infer that the discrimination was on racial grounds. This is not a matter of law but (...) 'almost common sense'» (13). Dans

(9) Voy., notamment, *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971). Dans cette décision, la Cour suprême américaine a libéré le concept de discrimination de tout élément intentionnel en mettant l'accent sur l'impact disproportionné d'une mesure à l'égard des travailleurs Afro-américains. Cette jurisprudence, aujourd'hui partiellement caduque suite à une réforme législative fédérale en 1991, inspirera la Cour de Justice des Communautés européennes dans deux arrêts de principe (*Jenkins*, 31 mars 1981, aff. 96/80; *Bilka-Kaufhaus*, 13 mai 1986, aff. 170/84).

(10) C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, § 14.

(11) Voy., notamment, C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. 170/84, § 31.

(12) C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, § 16. Voy. aussi C.J.C.E., 31 mai 1995, *Royal Copenhagen*, aff. C-400/93, § 28.

(13) *King v. Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516, CA (Lord Justice Neill). Ce précédent a été suivi par la *House of Lords* dans *Glasgow CC v. Zafar* [1998] ICR 12. Il est désormais consolidé par une réforme législative destinée à transposer les directives européennes 97/80/CE, 2000/43/CE et 2000/78/CE. Pour un important précédent judiciaire mettant en œuvre cette réforme, voy. *Igen Ltd. & Others v. Wong, Chamberlin & Another v. Emokpae, Webster v. Brunel University* [2005] EWCA Civ 142, CA.

la même veine, la House of Lords a récemment souligné que «*because people rarely advertise their prejudices and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence*» (14). On assiste ainsi à la circulation des concepts entre l'Union européenne et ses États membres, mouvement qui ne se limite pas à une ascendance dite «top-down», mais s'étend à une influence «bottom-up» (15): par une sorte de pollinisation croisée, l'UE sera progressivement incitée à introduire le partage de la charge de la preuve au-delà des discriminations fondées sur le sexe.

II. Les directives européennes et leur mise en œuvre

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'aménagement de la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe a été codifiée, dès 1997, dans une directive afin d'en assurer une meilleure application dans l'ensemble des États membres (16). Elle a également largement inspiré le législateur européen dans la mise en œuvre de l'article 13 du traité d'Amsterdam. Les trois directives prises sur cette base contiennent, en effet, une disposition stipulant qu'en matière civile, «les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et 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» (17).

La charge de la preuve est donc définitivement aménagée, pour rechercher les discriminations tant sexuelles que fondées sur un autre critère européen prohibé de distinction, et par dérogation à l'adage *actor incumbit probatio* (18) (19). On

(14) *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, 9 décembre 2004 [2004] UKHL 55, § 73 per Baroness Hale of Richmond avec laquelle les autres Law Lords concourent sur cette question.

(15) Sur ce phénomène d'influence mutuelle, voy. M.H.S. GÜZEN, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European, English and Dutch law*, Maasticht, Intersentia, 2007, pp. 5 et s.

(16) Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, art. 4. Cette directive est refondue dans la directive 2006/54/CE précitée.

(17) Directive Race 2000/43/CE précitée, art. 8; directive Emploi 2000/78/CE précitée, art. 10; directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, art. 9. Les directives adoptées sur la base de l'article 141 du traité CE contiennent une disposition en tout point similaire (voy. la directive 2006/54/CE précitée, art. 19).

(18) Voy. F. PALMER, «Re-dressing the balance of power in discrimination cases: the shift in the burden of proof», *European Anti-Discrimination Law Review*, 2006, n° 4, pp. 23-29;

.../...

ne peut cependant parler d'un renversement complet du principe puisque dans un premier temps, c'est à la victime qu'il revient d'amener des éléments de nature à supposer l'existence d'une discrimination. Le demandeur en justice «doit créer un doute dans l'esprit du juge: la situation n'est pas pleinement rationnelle. Il existe une anomalie qui incite à poursuivre la recherche» (20). Ce n'est donc que lorsqu'«une présomption de discrimination» (21) est avérée (*prima facie case*) que le fardeau de la preuve bascule vers la partie mise en cause, à qui il appartient désormais d'établir que son comportement était fondé sur des considérations légitimes.

De son côté, la Commission européenne qualifie ce mécanisme de «partage de la charge de la preuve». Afin d'en démontrer l'importance, elle évoque l'exemple d'une société implantée sur le territoire de l'UE qui, parmi ses employés, compterait des personnes d'origine non européenne. Celles-ci postulent chaque fois qu'un emploi à plus haute responsabilité est vacant mais, systématiquement, c'est une personne d'origine européenne qui est promue. Selon le modèle traditionnel de la charge de la preuve, les candidats évincés devraient établir que la candidature des personnes d'origine étrangère est systématiquement refusée alors que les travailleurs promus ne semblent pas plus qualifiés. Il leur serait toutefois très difficile d'en apporter la preuve concluante, ce qui supposerait de dresser une comparaison détaillée des qualifications et des aptitudes des personnes retenues et des candidats évincés. Par contre, le dirigeant de l'entreprise (ou le responsable des ressources humaines) serait le mieux placé pour expliquer les raisons de ce choix. S'il ne parvenait pas à le justifier en dehors de considérations ethniques, le caractère discriminatoire de son comportement serait établi (22).

La Cour de Justice des Communautés européennes sera bientôt amenée à se prononcer très concrètement sur ce qu'il faut entendre par «les faits qui permettent

.....

D. HOUTZAGER, *Changing perspectives: Shifting the burden of proof in racial equality cases*, ENAR, 2006.

(19) En droit belge, ce principe est consacré à l'article 870 du Code judiciaire qui prévoit que «chacune des parties a la charge de prouver les faits qu'elle allègue» (voy. également l'article 1315 du Code civil).

(20) M. MINÉ, «Le régime probatoire de la discrimination», intervention dans le cadre d'une formation en droit communautaire organisée par l'Académie de droit européen, 2 octobre 2004, p. 5, publié sur le site de l'Académie (http://www.era.int/web/de/resources/5_1095_3049_file_en.4428.pdf).

(21) Directive Race 2000/43/CE précitée, considérant 21; directive Emploi 2000/78/CE précitée, considérant 31; directive 2004/113/CE précitée, considérant 22; directive 2006/54/CE précitée, considérant 30.

(22) Commission Européenne (D.G. Emploi et Affaires sociales), *Rapport annuel sur l'égalité et l'antidiscrimination 2003. Vers la diversité*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2003, p. 6.

de présumer l'existence d'une discrimination directe». Dans un recours préjudiciel introduit le 6 février 2007 (23), la Cour du travail de Bruxelles a, en effet, posé plusieurs questions à la juridiction européenne susceptibles de clarifier la matière. Les faits de l'espèce remontent au mois d'avril 2005 lorsqu'un journaliste contacte la firme Feryn au sujet de panneaux placés le long de l'autoroute A 12 pour susciter des vocations de monteuses de portes de garages. À cette occasion, le dirigeant de l'entreprise soutient, et ses déclarations seront relayées par les médias, ne pas vouloir engager de «Marocains» au motif qu'il doit répondre «aux exigences de ses clients» et que ceux-ci ne souhaitent pas «des monteuses étrangères ou d'origine étrangère». À l'issue d'une concertation mise en place par le Centre pour l'égalité des chances (24), la firme s'engage à donner à chaque candidat, indépendamment de son origine ethnique, une chance égale dans la procédure de sélection, à mettre en œuvre la première étape d'un plan de diversité et à envoyer toutes les offres d'emploi au VDAB. Un communiqué de presse commun aux deux parties scelle cette concertation. Fin 2005, force est de constater que la firme n'a tenu aucun de ses engagements. Après l'échec de nouvelles tentatives de conciliation, le Centre introduit une action en cessation devant le Tribunal du travail de Bruxelles. Ce dernier juge la pratique discriminatoire avérée et rejette, conformément au droit européen (25), l'argument des *desiderata* de la clientèle pour la justifier, mais n'assortit sa décision d'aucune sanction (26). L'affaire se retrouve devant la Cour du travail de Bruxelles et c'est à cette occasion qu'un recours préjudiciel est introduit devant la juridiction européenne, à l'initiative du Centre (27). Ce recours vise à faire préciser la «sévérité» dont une juridiction nationale doit faire preuve tant dans l'appréciation des faits qui peuvent faire naître une présomption de discrimination que dans l'évaluation de la preuve contraire qui doit être produite.

Pour l'établissement d'un *prima facie case* susceptible de faire basculer la charge de la preuve, la Cour de Luxembourg est invitée à répondre aux questions suivantes:

- «Dans quelle mesure des faits antérieurs de discrimination (déclaration publique de critères de sélection directement discriminatoires en avril 2005)

(23) *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn*, aff. C-54/07, J.O. C 82 du 14 avril 2007, pp. 21-23.

(24) Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), dit «le Centre».

(25) O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, coll. «Travail & Société», Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt/M., New York, Oxford, Wien, éd. P.I.E. Peter Lang, 2001, pp. 64 et s. Sur cette question, voy. aussi l'arrêt de la Cour eur. D.H., *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999 (l'exclusion des personnes homosexuelles des rangs de l'armée britannique ne peut être justifiée par l'homophobie qui y règne).

(26) Trib. trav. Bruxelles (réf.), 26 juin 2006, publié sur le site du CECLR.

(27) C. trav. Bruxelles (1ère ch.), 24 janvier 2007. Voy. l'«Historique du dossier Feryn» sur le site du CECLR.

constituent-ils des 'faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte'» au sens de la directive Race (28)?

- «Suffit-il — compte tenu des faits du litige au principal — pour faire naître la présomption (qu'un employeur applique et continue d'appliquer une politique d'embauche discriminatoire), qu'en avril 2005, en réponse à la question de savoir si, en tant qu'employeur, il ne traite pas de la même manière les allochtones et les autochtones et donc, s'il n'est pas un peu raciste, il répond publiquement: 'Je dois répondre aux exigences de mes clients. Si vous me dites "je veux tel produit ou je veux ceci ou cela", et que je vous dis "je ne le fais pas, je fais venir ces gens"; vous me répondez "je ne veux pas de votre porte". J'en viendrais à mettre la clé sous la porte. Nous devons répondre aux exigences des clients. Ce n'est pas mon affaire. Ce n'est pas moi qui ai créé ce problème en Belgique. Je veux faire tourner ma société et qu'à la fin de l'année, le chiffre d'affaires soit atteint (...)»?
- «Compte tenu des faits du litige au principal, un communiqué de presse commun émanant de l'employeur et de l'instance nationale de lutte contre la discrimination, communiqué dans lequel les faits de discrimination sont au moins implicitement reconnus, peut-il faire naître une telle présomption?».
- «Le fait qu'un employeur n'emploie pas de monteuses allochtones fait-il naître une présomption de discrimination (...) lorsque ce même employeur a dû faire face quelque temps auparavant à de grandes difficultés de recrutement de monteuses et déclare également publiquement que sa clientèle ne collabore pas avec plaisir avec des monteuses allochtones?».
- «Un seul fait suffit-il pour faire naître une présomption de discrimination?» (29).

Pour l'appréciation des éléments de preuve contraire produits par la personne suspectée de violer le principe de l'égalité de traitement, il est demandé à la Cour si une «présomption de discrimination (...) peut (...) être renversée par la seule et simple déclaration de l'employeur faite à la presse qu'il ne commet pas ou plus de discrimination et que les monteuses allochtones sont les bienvenus; et/ou par la simple déclaration de l'employeur que chez lui, à l'exception de la société sœur, tous les postes vacants de monteuses ont été pourvus et/ou par la déclaration qu'une femme de ménage tunisienne a été engagée; et/ou la présomption peut-elle être exclusivement renversée par l'embauche effective de monteuses allochtones, compte tenu des faits du litige principal et/ou par le respect des engagements pris dans un communiqué de presse commun?» (30).

(28) Directive 2000/43/CE, art. 8, § 1. Remarquez que dans l'affaire *Jenkins*, la Cour de Justice avait jugé que les «antécédents» de l'employeur sont des éléments à prendre en compte pour apprécier l'existence d'une politique d'entreprise discriminatoire (C.J.C.E., 31 mars 1981, aff. 96/80, §§ 6, 7 et 14).

(29) Aff. C-54/07 précitée.

(30) *Ibid.*

L'Avocat général a rendu ses conclusions le 12 mars 2008 en cette affaire (31). Il estime, à l'instar de la Commission européenne, «que lorsqu'il est établi qu'un employeur a fait des déclarations publiques concernant sa propre politique de recrutement du type de celles en cause dans la procédure au principal, et qu'en outre la pratique d'embauche réellement appliquée par l'employeur reste opaque et qu'aucun travailleur de l'origine ethnique en question n'a été recruté, il existe une présomption de discrimination au sens de l'article 8 de la directive. Il appartient à l'employeur de renverser cette présomption». Quant aux éléments que l'employeur doit produire pour renverser à son tour la charge probatoire, l'Avocat général se borne à rappeler que la juridiction nationale doit appliquer les règles de procédure nationales pertinentes «pourvu que, en premier lieu, ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe d'équivalence) et en deuxième lieu, qu'elles ne rendent pas en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité)» (§ 24). Dans l'attente de l'arrêt de la Cour de Justice, il est instructif de mentionner qu'en février 2005, la *Court of Appeal for England and Wales*, avait saisi l'opportunité de se prononcer de manière particulièrement didactique sur l'aménagement de la charge de preuve, tel que transposé des nouvelles directives européennes. Il s'agissait de trois affaires de discriminations directes fondées soit sur le sexe, soit sur l'origine ethnique, dans le domaine de l'emploi. Parmi treize lignes directrices destinées à guider les juges du travail saisis de ce type de litiges, la Cour d'appel anglaise souligne que, pour bénéficier de cet aménagement et quel que soit le motif de discrimination prohibé invoqué, le demandeur doit établir des faits qui *peuvent* laisser penser que le principe de l'égalité de traitement a été violé dès lors que le traitement défavorable subi ne reçoit, en apparence, pas d'explication adéquate (32). Le juge se tourne alors vers le défendeur à qui il revient de prouver que son comportement n'était pas fondé sur un motif discriminatoire (33). À cette fin, la Cour d'appel émet les considérations suivantes:

- “*To discharge that burden it is necessary for the employer to prove, on the balance of probabilities, that the treatment was in no sense whatsoever on the grounds of sex (...)*”.

(31)Conclusions de l'Avocat général, 12 mars 2008, aff. C-54/07, et plus précisément §§ 20-25.

(32) Pour l'établissement d'un «*prima facie case*», voy. utilement la jurisprudence de la Cour suprême américaine, dont l'arrêt «fondateur» *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792 (1973). Cette jurisprudence a toutefois connu de nombreux développements. Voy., entre autres, *Furnco Constr. Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567 (1978); *U.S. Postal Serv. Bd. of Governors v. Aikens*, 460 U.S. 711, 714-715 (1983); *Swierkiewicz v. Sorema n. S*, 534 U.S. 506 (2002).

(33) *Igen Ltd. & Others v. Wong, Chamberlin & Another v. Emokpae, Webster v. Brunel University* [2005] EWCA Civ 142, IRLR, 258.

- “*That requires a tribunal to assess not merely whether the employer has proved an explanation for the facts from which such inferences can be drawn, but further that it is adequate to discharge the burden of proof on the balance of probabilities that sex was not a ground for the treatment in question*”.
- “*Since the facts necessary to prove an explanation would normally be in the possession of the respondent, a tribunal would normally expect cogent evidence to discharge that burden of proof*” (34).

Le défendeur devra, devant les juridictions anglaises, atteindre un seuil assez élevé de justification pertinente pour faire rebasculer la charge probatoire sur son contradicteur. S'il échoue, il sera condamné. S'il réussit, il appartiendra à la victime d'établir que les motifs invoqués par le suspect ne sont que des prétextes fallacieux.

III. La transposition en droit belge

A. Les textes

Le mécanisme de l'aménagement de la charge de la preuve a été transposé en droit fédéral belge dès la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination. Il y était prévu que «lorsque la victime d'une discrimination ou un des groupements [habilités à ester en justice dans les litiges auxquels l'application de cette loi donnerait 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» (35). Le législateur avait alors choisi d'insérer ce principe au sein d'une disposition entièrement consacrée à l'action en cessation, un choix regrettable sur le plan légistique dans la mesure où l'aménagement de la charge de la preuve a vocation à s'appliquer, dans l'esprit du droit communautaire, à toute procédure juridictionnelle, à la seule exception des affaires pénales.

Cette critique fut prise en considération par les auteurs des trois projets de loi préfigurant les lois du 10 mai 2007. Dans des titres totalement consacrés à la charge de la preuve, ils y incluent des dispositions analogues à celle de la loi du 25 février 2003, applicables tant aux discriminations directes et indirectes, qu'à l'injonction de discriminer, au harcèlement ainsi qu'au refus de mettre en place

(34) *Ibid.*, en annexe de ces décisions (notre accent). Voy. aussi *Madarassy v. Nomura International plc* [2007] EWCA Civ 33, IRLR, 246.

(35) Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003, art. 19, § 3.

les aménagements raisonnables pour une personne handicapée (36). Ces dispositions furent modifiées au cours des travaux parlementaires pour supprimer toute référence expresse au très controversé test de situation (37) et éviter ainsi un blocage du processus législatif. Les auteurs de l'amendement brandirent le besoin d'exemplifier plus avant ce qu'il faut entendre par des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. La justification officielle de cet amendement, déposé par la majorité moins d'un mois avant l'adoption des projets de loi en commission, s'inscrit dès lors dans la volonté de «préciser plus globalement le principe du renversement de la charge de preuve (...) en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice» (38).

Les trois nouvelles législations anti-discriminatoires ont ainsi consacré la disposition suivante:

«§ 1er. Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination.

§ 2. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement:

- 1° les éléments qui révèlent une certaine récurrence de traitement défavorable à l'égard de personnes partageant un critère protégé; entre autres, différents signalements isolés faits auprès du Centre ou l'un des groupements d'intérêts; ou
- 2° les éléments qui révèlent que la situation de la victime du traitement plus défavorable est comparable avec la situation de la personne de référence.

(36) Projet de loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination du 26 octobre 2006 (dit «projet de loi anti-discrimination»), *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2722/001, Titre V, art. 27; projet de loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (dit «projet de loi anti-racisme»), *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/001, Titre V, art. 27; projet de loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (dit «projet de loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes»), *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2721/001, Titre V, art. 32.

(37) Voy. nos développements *infra*.

(38) Projet de loi anti-discrimination précité, amendement n° 1 de M. GIER et consorts du 26 février 2007, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2722/002; projet de loi anti-racisme précité, amendement n° 3 de M. GIER et consorts du 26 février 2007, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/004; projet de loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes précité, amendement n° 1 de M. GIER et consorts du 26 février 2007, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2721/002.

§ 3. Par faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination indirecte fondée sur un critère protégé, sont compris, entre autres, mais pas exclusivement:

- 1° des statistiques générales concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie ou des faits de connaissance générale; ou
- 2° l'utilisation d'un critère de distinction intrinsèquement suspect; ou
- 3° du matériel statistique élémentaire qui révèle un traitement défavorable» (39).

Les législations des entités fédérées ont, avec plus ou moins de mimétisme, emboîté le pas (40).

B. Les résistances

L'adoption du principe même de l'aménagement de la charge de la preuve (41) dans la législation belge n'a pas été de soi. Pour certains, au motif d'aider les personnes qui se prétendent victimes de discriminations et qui sont générale-

(39) Loi tendant à lutter contre certaines formes de discriminations (dite «loi anti-discrimination») du 10 mai 2007, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 28. Voy. aussi, *mutatis mutandis*, loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (dite «loi anti-racisme») du 10 mai 2007, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 29; loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (dite «loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes») du 10 mai 2007, *M.B.*, 30 mai 2007, art. 33.

(40) Les entités fédérées ont, en effet, généralement prévu, en matière civile, le renversement de la charge de la preuve lorsque la victime présente devant la juridiction des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Voy. l'article 17 du décret de la Région wallonne du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle (*M.B.*, 23 juin 2004). Ce décret sera prochainement abrogé, mais le partage probatoire est expressément consacré dans l'article 28 de l'avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle. Il en va de même dans l'avant-projet de décret de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination (qui abrogera le décret du 19 mai 2004 relatif à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement qui ne prévoyait aucune disposition en matière de preuve (*M.B.*, 7 juin 2004)). Voy. également l'article 13 du décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle (*M.B.*, 24 janvier 2008); l'article 14 du décret du Conseil flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi (*M.B.*, 26 juillet 2002), décret modifié par les décrets du 30 avril 2004 (*M.B.*, 5 août 2004), du 30 avril 2004 (*M.B.*, 13 juillet 2004) et du 9 mars 2007 (*M.B.*, 6 avril 2007); et l'article 18 du décret de la Communauté germanophone du 17 mai 2004 relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail (*M.B.*, 13 août 2004), décret modifié par le décret-programme de la Communauté germanophone du 25 juin 2007 (*M.B.*, 26 octobre 2007).

(41) La terminologie est fluctuante dans les travaux parlementaires. Les expressions «répartition de la charge de la preuve», «partage de la charge de la preuve», «déplacement de la charge de la preuve», «glissement de la charge de la preuve» sont notamment utilisées.

ment en position de faiblesse par rapport aux auteurs supposés de l'acte, on finit par inverser la situation et par violer le principe d'égalité des parties en défavorisant substantiellement ces derniers dès lors qu'on leur impose d'établir que leur comportement n'est, en aucune manière, discriminatoire (42). Cette critique, déjà présente au cours des travaux parlementaires de la loi du 25 février 2003, doit être fortement nuancée. L'exposé des motifs des lois du 10 mai 2007 précisait d'emblée que «pour toute clarté, il est remarqué que ce principe [de l'aménagement de la charge de la preuve] ne suppose pas que l'auteur de la distinction rapporte une preuve négative: la présomption de discrimination peut être réfutée simplement en indiquant les critères légitimes en vertu desquels la décision incriminée a été prise» (43).

Il s'agissait notamment de répondre au Conseil d'État pour qui «ce renversement de la charge de la preuve entraîne comme conséquence que le défendeur devra prouver un fait négatif, à savoir l'absence de discrimination». Ajoutant que la preuve d'un fait négatif n'est pas, contrairement à l'opinion traditionnellement répandue, nécessairement impossible, que le Code civil en consacre certaines applications et que la Cour de cassation n'y est pas opposée, le Conseil d'État n'en considérait pas moins que «prouver une absence de discrimination risque d'être particulièrement difficile, surtout lorsque est invoquée la discrimination indirecte qui permet de suspecter une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre». Dans ce cas, de l'avis du Conseil d'État, «la partie défenderesse devra prouver non seulement la neutralité de la disposition, du critère ou de la pratique, mais, de surcroît, que la disposition, le critère ou la prati-

(42) Une critique équivalente a été émise en 2002 par une juridiction de district de Bohême du Nord (*Krajky soud v. Usti nad Labem*, sp. zn. 34 C 22/2002, non publiée) alors qu'elle était saisie d'une plainte en discrimination par deux Roms que le personnel d'un restaurant avait refusé de servir sous prétexte qu'ils ne possédaient pas la carte privée de membre. Invoquant le fait que trois clients non Roms avaient été servis sans devoir présenter une «club card», les plaignants revendiquèrent le renversement de la charge de la preuve. La juridiction de district saisit la Cour constitutionnelle tchèque d'une question préjudicielle sur la compatibilité du principe d'aménagement de la charge de la preuve avec celui d'égalité des parties devant les tribunaux. La Cour constitutionnelle confirma la validité du principe européen d'aménagement probatoire, rappelant que le principe constitutionnel d'égalité des parties «*did not mean absolute mathematical equality, but relative equality which had to reflect the different situations in which the parties found themselves*» (voy. B. HAVELKOVA, «*Burden of proof and positive action in decisions of Czech and the Slovak Constitutional Courts – milestones or mill-stones for implementation of EC equality law?*», 32 *Eur. L.R.*, 2007, p. 701). La Cour précisa notamment que «*the shift of burden of proof however is neither complete nor unconditional. The person, who claims to have been discriminated against, has to present facts sufficient for the conclusion that discrimination might have occurred (...)*» (voy. décision de la Cour constitutionnelle tchèque Pl. US 37/04, 26 avril 2006, coll. N° 419/2006, at. 67).

(43) Projet de loi anti-discrimination précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2722/001, p. 65; projet de loi anti-racisme précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/001, p. 63; projet de loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2721/001, p. 63.

que en question n'est pas faussement neutre, ce qui reviendra, parfois, à exiger d'elle qu'elle prouve la pureté de ses intentions». Et d'ajouter que dans ces circonstances, les éléments de fait de nature à faire présumer une discrimination doivent être suffisamment «pertinents et solides» (44).

En réalité, comme le montre la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière d'égalité des sexes, aucune «preuve négative» n'est exigée. Le défendeur devra réfuter une présomption de discrimination fondée sur des éléments de fait précis. Il lui incombera donc soit de réfuter ces éléments particuliers, soit, dans les hypothèses qui le permettent, de justifier la rupture du principe de l'égalité de traitement par des considérations étrangères à toute politique discriminatoire. Concrètement, le défendeur pourra ainsi démontrer que la différence de traitement n'a pas eu lieu sur la base d'un critère protégé mais est fondée sur un motif acceptable (le postulant à l'emploi n'a pas le diplôme requis), ou établir que la prétendue victime n'a pas subi une différence de traitement car elle n'était pas dans une situation comparable à celle d'autres personnes (les résultats au test écrit du candidat retenu pour le poste étaient meilleurs que ceux du candidat évincé) ou encore invoquer une justification légale (l'exigence professionnelle essentielle et déterminante, par exemple) (45). De l'opinion de l'avocat général Lenz, le risque est plutôt inverse de celui avancé par le Conseil d'État. À défaut de déplacement de la charge de la preuve, la victime peut parfois être tenue de démontrer que mis à part sa qualité de femme, aucun autre facteur n'a été pris en considération (46). Ainsi, dans l'arrêt *Brunnhöfer* (47) qui fut mentionné à plusieurs reprises dans les travaux parlementaires des lois de mai 2007, la Cour de Justice des Communautés européennes a-t-elle classiquement jugé qu'il existe une «apparence de discrimination» lorsqu'une employée établit qu'elle reçoit un salaire mensuel inférieur à celui versé à un collègue masculin engagé pour effectuer un travail comparable au sien. Dans ce cas, l'employeur peut bien évidemment réfuter cette allégation en montrant que les niveaux de salaire sont identiques ou en établissant que les activités réellement exercées par les deux travailleurs ne sont en fait pas similaires. En l'espèce, l'employeur peut aussi se dégager de sa responsabilité en justifiant la différence de rémunération constatée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination, à la condition, dans la ligne de la jurisprudence antérieure, qu'ils répondent à un besoin véritable de l'entreprise, qu'ils soient aptes à atteindre cet objectif et nécessaires à cet effet.

(44) Avis n° 32.967/2, donné le 4 février 2002 à la demande du président de la Chambre des représentants sur un projet de loi devenu la loi précitée du 25 février 2003 et repris, pour parties, dans l'avis n° 42.399/1, donné le 13 mars 2007 suite à l'amendement n° 3 précité (Doc 51-2720/004), *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/008.

(45) Rapport de la Commission de la Justice de la Chambre, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, p. 76.

(46) Conclusions prononcées le 14 juillet 1993, dans l'affaire *Enderby* du 27 octobre 1993, aff. C-127/92, *Rec.* 1993, p. I-5558, §§ 23-24.

(47) C.J.C.E., 26 juin 2001, aff. C-381/99.

Dans son arrêt annulant partiellement la loi du 25 février 2003, la Cour constitutionnelle n'a, quant à elle, émis aucune objection à l'égard du principe même de l'aménagement de la charge de la preuve. Elle a relevé que ce mécanisme n'était pas automatique mais supposait bien que la victime apporte suffisamment d'éléments de nature à étayer ses allégations. Sa seule observation concernait l'incidence éventuelle d'une procédure civile sur une affaire pénale (48): «Dans l'hypothèse où le renversement de la charge de la preuve, appliqué dans une affaire civile, pourrait influencer ultérieurement la preuve dans une affaire pénale (...), le juge pénal serait néanmoins tenu d'apprécier concrètement les éléments de preuve et de respecter la présomption d'innocence du prévenu» (49). À cet égard, n'oublions toutefois pas que, suivant la Cour européenne des droits de l'homme, l'obligation qui incombe à l'accusation de prouver les faits qu'elle allègue constitue un droit de l'accusé qui «n'est toutefois pas absolu, car tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit, auxquelles la Convention [européenne des droits de l'homme] ne met évidemment pas obstacle du moment que les États contractants ne franchissent pas certaines limites prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense» (50).

C. Les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination

Il ressort clairement tant des travaux parlementaires des lois de 2007 que du libellé même de leurs dispositions que, comme pour la loi du 25 février 2003, les

(48) Instruite selon les formes du référé, l'action en cessation a pour effet de renverser l'adage «le criminel tient le civil en état». Voy. loi précitée du 25 février 2003, art. 22, al. 6; loi anti-discrimination précitée, art. 20, § 4, al. 6; loi anti-racisme précitée, art. 18, § 4, al. 6; loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes précitée, art. 25, § 4, al. 6.

(49) C.A., arrêt n° 157/2004 du 6 octobre 2004, point B.84.

(50) Cour eur. D.H., *Phillips c. Royaume-Uni*, 5 juillet 2001, § 40. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Salabiaku c. France*, 7 octobre 1988, § 28; *Pham Hoang c. France*, 25 septembre 1992, §§ 34-36; Cour eur. D.H., *Janosevic c. Suède*, 23 juillet 2002, §§ 101-104; Cour eur. D.H., *Radio France and others c. France*, 30 mars 2004, § 24. Sur cette question, voy. O. DE SCHUTTER, «Les techniques particulières de preuve dans le cadre de la lutte contre les discriminations», *Prouver la discrimination. La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination, le rôle des organismes spécialisés*, Bruxelles, Migration Policy Group, 2003, pp. 31-32 (publié sur le site du Migration Policy Group). Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme estime aujourd'hui qu'une vision trop large du principe de la présomption d'innocence conduirait à priver de toute efficacité le recours au juge en vue de voir sanctionner le droit fondamental de ne pas subir de discrimination raciale (Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, §§ 128-130, 146, 156-157 – sur cet arrêt, voy. notamment D. CACCAMISI, «Quand 'faire que ce qui est juste soit plus fort' conduit à paralyser la lutte contre la discrimination raciale», in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 440-441). Des présomptions de responsabilité peuvent dès lors être préconisées, y compris en matière pénale, à condition toutefois que la présomption ne soit pas irréfutable. Sur les limites des présomptions admissibles, voy. également Cour eur. D.H., *Telfner c. Autriche* 20 mars 2001, §§ 15-16.

faits susceptibles de faire naître la présomption de discrimination peuvent être de toute nature et que les cas d'application cités ne le sont qu'à titre exemplatif. L'objectif est bien de faciliter la tâche des demandeurs en répartissant la charge de la preuve entre les parties et non de cadenciser les moyens de preuve à leur disposition. La jurisprudence l'a, dans l'ensemble (51), bien compris. Saisi d'un cas classique de discrimination au logement (52), le Tribunal de première instance de Bruxelles a ainsi, en juin 2005, donné toute son application au mécanisme du partage de la charge de la preuve. En l'espèce, un couple de personnes belges d'origine étrangère s'était rendu dans une agence immobilière pour obtenir des renseignements sur un appartement mis en location. La preuve d'un revenu équivalent à trois fois le montant du loyer leur avait été demandée à l'agence. Une visite était fixée pour le lendemain et le jour même, l'agence reprit contact avec le couple pour signaler que la propriétaire louait finalement le bien à un proche. L'affiche offrant le bien en location étant toujours présente, le couple demanda à une connaissance de vérifier si l'appartement était encore à louer. Après avoir précisé que les amis intéressés étaient bien de nationalité belge, celle-ci finit par obtenir un rendez-vous. À la vue du couple, l'agent immobilier leur signa que la propriétaire souhaitait une personne âgée comme locataire pour garantir la quiétude de l'immeuble dans lequel elle habitait également. À la lumière de ces faits rapportés par le couple éconduit et du témoignage de la connaissance en question, le juge a pu considérer «qu'il existe des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'origine nationale des demandeurs» (53). Il appartenait alors aux défendeurs d'établir que leur comportement n'était pas motivé par l'origine ethnique des locataires potentiels. Mais, de l'avis du juge, la défense n'était pas crédible, notamment parce que les locataires finalement choisis avaient une quarantaine d'années, ce qui correspond peu au critère de «personne âgée» (54).

Tant la pratique belge que l'expérience d'autres systèmes juridiques attestent de l'importance d'admettre, à côté des modes de preuve classiques (aveu, écrit, témoignage) souvent peu disponibles dans les affaires de discriminations, d'autres outils qui permettraient que la charge de la preuve puisse effectivement basculer dans les affaires qui le justifient. Les plus connus aujourd'hui, mais aussi les plus controversés, sont les tests de situation et les données statistiques.

(51) Pour un exemple contraire isolé, voy. Trib. civ. Gand (réf.), 31 décembre 2003, réformé par C. Gand, 30 novembre 2005 (décisions disponibles sur le site du CECLR).

(52) À ce sujet, voy. L. MALIGNEM, F. NOËL, P.A. PERROUTY et A. REA, *Le livre noir de la discrimination au logement*, Bruxelles, MRAX, 2004.

(53) Trib. civ. Bruxelles (réf.), 3 juin 2005, *Revue du droit des étrangers*, 2005, n° 133, p. 220.

(54) Voy. aussi Trib. trav. Bruxelles, 30 novembre 2006, *inédit* (discrimination sur la base de l'état de santé, cité sur le site du CECLR).

Il importe dès lors de leur réserver une place particulière, bien que les premiers ne soient plus explicitement mentionnés dans les législations fédérales (55).

§ 2. LE TEST DE SITUATION

I. Instrument de mesure et mode de preuve: un succès européen croissant

Dispositif expérimental visant à saisir la discrimination «sur le vif» (56), le test de situation (appelé également *testing*, ou, plus rarement, test pratique, test de discrimination ou audit par couple) (57), tend à mettre à jour des différences de traitement discriminatoires. Des couples (de candidats à la location d'un logement, de demandeurs d'emploi, de clients d'un restaurant ou d'une discothèque, etc.) sont construits de manière à ce que les deux membres ne diffèrent que par une seule caractéristique, la variable que l'on cherche à tester (ethnicité, sexe, âge, etc.). Si l'un des membres du couple est moins bien traité que l'autre, cette distinction est indicative d'un comportement discriminatoire.

Le test de situation a d'abord été un outil de mesure des discriminations utilisé dans le cadre de politiques publiques. Construit dans le champ des sciences sociales, le *testing scientifique* est né en Grande-Bretagne et aux États-Unis de

(55) Pour les autres faits susceptibles de renverser la charge de la preuve, tels les «critères de distinction intrinsèquement suspects» (ex. la condition de lieu de naissance comme critère de location d'un appartement, signe probable d'une discrimination indirecte sur la base de la nationalité) ou les «faits de connaissance générale», voy. C. DELANGHE, «Nouveaux outils dans la lutte contre les discriminations raciales», *Revue du droit des étrangers*, 2008 (à paraître). Notons aussi que dans la pratique juridique anglaise notamment, les faits de connaissance générale sont souvent acceptés afin de présumer l'existence d'une discrimination indirecte. Voy. *London Underground v. Edwards* (n° 2), 1999 IRLR 364; *Convery v. The Governors Rawthorpe Infant and Nursery School and Kirklees Metropolitan Council* 1800057/1998, dans lequel il est stipulé ceci: "We are entitled, as an industrial jury, to rely on our experience and common sense to determine that the proportion of women who can comply with a requirement to be full time teachers is smaller than the proportion of men".

(56) G. CALVÈS, «Au service de la connaissance et du droit: le *testing*», *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 9.

(57) Suivant la recommandation de la Commission générale de terminologie et de néologie, approuvée par l'Académie française, le terme «testing» est à proscrire et il est conseillé «de recourir au terme plus général de 'testage' ou à celui, plus précis, de 'test de discrimination', défini comme l'opération qui vise à déceler les comportements discriminatoires en effectuant successivement des démarches analogues au nom de personnes différentes par l'origine ou l'appartenance» (Circulaire du 26 juin 2006 relative à la présentation des dispositions de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances relatives à la lutte contre les discriminations et du décret n° 2006-641 du 1er juin 2006 relatif aux transactions proposées par la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, *Bull. off. Ministère de la Justice*, n° 102 (1er avril au 30 juin 2006), note 4. N'en déplaise à nos voisins français, le terme de 'testage' reste à ce jour confidentiel et celui de 'test de discrimination' n'a pas encore franchi la frontière.

commandes ministérielles ou de l'initiative de *think tanks* pesant sur la décision publique (58). En Europe, l'expérience la plus connue est certainement l'importante étude comparative coordonnée par le Bureau international du travail dans les années nonante (59). La recherche belge en donnait la description suivante: «La méthode de recherche du test de situation met en œuvre une technique qui préserve la qualité de 'vie réelle' de l'observation et évite la perspective anecdotique et subjective du récit privé d'acteur. Le 'stimulus' consiste en deux enquêteurs, l'un appartenant à un groupe de la majorité et l'autre à un groupe de la minorité, qui sollicitent une réponse d'un décideur dans la vie réelle. 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 de 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» (60).

Le test de situation a ensuite gagné les prétoires. Cette technique est particulièrement utile pour révéler une discrimination directe, principalement quand elle est dissimulée derrière des arguments qui servent de prétextes (le logement est déjà loué, l'emploi a déjà été attribué, l'entrée de l'établissement est réservée aux membres, etc.). Elle a, par exemple, été utilisée par l'association SOS Racisme en France pour étayer les accusations de jeunes d'origine maghrébine qui se voyaient refuser l'entrée de certains établissements. Dans des affaires impliquant des discothèques, quelques groupes de personnes avaient été constitués, certains composés de personnes d'origine maghrébine, d'autres d'origine européenne. Ces groupes se présentaient successivement à l'entrée des discothèques.

(58) G. CALVÈS, art. cit., *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 11. Dans le domaine de l'emploi, voy. M. BENDICK, «Situation testing for employment discrimination in the United States of America», *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, pp. 17-37, et, pour d'autres pays «industrialisés», les références à la note 5, p. 23. En Belgique, le CECLR, dans le cadre de l'échafaudage d'un «baromètre de tolérance», envisage de procéder à des «tests de comportements agréés» dans différents domaines de la vie (emploi, logement et accès aux discothèques). Voy. CECLR, *Rapport annuel 2006*, Bruxelles, juin 2007, p. 59.

(59) Cette étude a été menée dans le cadre du programme mondial, lancé par l'OIT en 1993, de lutte contre la discrimination à l'égard des travailleurs immigrés et des minorités ethniques dans le monde du travail.

(60) B. SMEESTERS et A. NAYER (rééd.), «La discrimination à l'accès à l'emploi en raison de l'origine étrangère: le cas de la Belgique», *Cahiers de migrations internationales*, 1998, n° 23, p. 13 (notre accent). La méthodologie de cette recherche est largement inspirée de celle décrite par F. BOVENKERK dans *A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of "race" and ethnic origin*, Genève, International Labour Organization, 1992.

ques: ceci permettait d'observer que l'accès était refusé aux jeunes d'origine étrangère au motif qu'ils n'étaient pas connus des portiers, qu'ils n'avaient pas de carte de membre ou de carte d'étudiant alors que ces conditions d'entrée n'étaient nullement opposées aux jeunes d'origine européenne (61). Construit à bien moins grande échelle que le testing scientifique (62), le *testing judiciaire* vise à reproduire une situation similaire à celle vécue par une personne qui s'estime discriminée en raison d'une caractéristique particulière et d'observer si des personnes placées dans cette situation, mais ne présentant pas cette caractéristique, sont traitées différemment. Dans l'affirmative, les résultats du test sont produits en justice, le plus souvent sous la forme de témoignages, parfois soutenus par un constat d'huissier attestant du bon déroulement des opérations, ou par des enregistrements sonores ou audiovisuels (63).

Aujourd'hui, c'est dans l'arène judiciaire que le test de situation est investi de «grandes espérances» (64) par les acteurs de la lutte contre les discriminations. Même si ce procédé de preuve n'est pas utilisé partout au sein de l'Union européenne, une tendance nette se dessine en faveur de son développement dans les pays qui connaissent des formes criantes de discriminations ethniques à l'embauche ou pour l'accès aux biens et services (65). Les affaires les plus fréquentes concernent l'entrée de lieux de loisir, notamment les discothèques. Ce sont

généralement les ONG, plus rarement les organismes de promotion de l'égalité de traitement (66), qui recourent à ce mécanisme pour extraire les législations anti-discriminatoires de leur rôle de «tigres de papier».

Le mouvement a commencé au Royaume-Uni pour gagner, ensuite, les Pays-Bas. Plus récemment, au Danemark, en France, en Hongrie, en Finlande, en Lettonie, en République tchèque, en Slovaquie et en Suède, les premières décisions de condamnations fondées sur les résultats probants d'un test de situation furent prononcées. C'est ainsi que des discriminations commises à l'encontre des Roms ont pu enfin être sanctionnées, sonnante le glas de véritables pratiques ségrégationnistes dans certains pays (67). En Hongrie, par exemple, grâce à la ténacité des ONG et notamment du Bureau de la défense juridique pour les minorités nationales et ethniques (Legal Defense Bureau for National and Ethnic Minorities - NEKI), la Cour suprême a accepté les témoignages reposant sur un test de situation pour établir la discrimination visant des Roms à l'entrée d'une discothèque (68). Dans la foulée, un décret gouvernemental a reconnu expressément à l'Autorité hongroise en charge de l'égalité de traitement la faculté de recourir à des tests de situation dans ses investigations et, le cas échéant, de se servir des résultats en justice (69). En France également, le test de situation a été consacré dans les textes. La crise qui a secoué les banlieues à l'automne 2005 a conduit le gouvernement à présenter des mesures promouvant l'égalité des chances. Le recours au test de situation en droit pénal, déjà reconnu par la Cour de cassation depuis plusieurs années (70), a été consacré dans le Code pénal (71); les agents de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) se sont notamment vu reconnaître le droit d'établir des procès-verbaux constatant les «délits de discrimination» décelés à l'occasion de tests de situation (72).

(61) L. COLLET-ASKRI, «Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal... (à propos de l'arrêt de la Chambre criminelle du 11 juin 2002)», *Dalloz*, 2003, n° 20, p. 1311, n° 12.

(62) Pour les différences méthodologiques entre les deux procédés, voy. G. CALVÈS, art. cit., *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, pp. 10-11.

(63) Si un enregistrement vidéo et audio pris à l'insu du portier dans une affaire de discrimination à l'entrée d'une boîte de nuit a été accepté en droit interne (Trib. corr. Hasselt, 10 mai 2000, publié sur le site du CECLR), la question de la validité de ce mode de preuve reste toujours incertaine. Voy. P.-A. PÉROUTY et I. RORIVE, art. cit., *Revue du droit des étrangers*, 2005, n° 133, p. 163; O. LÉROUX et Y. POULLET, «En marge de l'affaire Gaia: de la recevabilité de la preuve pénale et du respect de la vie privée», *Revue Générale de Droit Civil Belge - Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht*, 2003, pp. 163-176. Plus récemment, voy. les enseignements de la Cour de cassation dans son arrêt du 14 octobre 2003 dit «Antigoon», confirmés dans un arrêt de la même Cour du 21 novembre 2006. Pour des commentaires sur cette affaire, voy. notamment F. KUTY, «La sanction de l'illégalité et de l'irrégularité de la preuve pénale», in *La preuve - Questions spéciales* (dir. F. KUTY et D. MOUGENOT), Liège, Anthémis, 2007, pp. 7-62. En France, voy., par exemple, le jugement rendu le 21 décembre 2000 par le Tribunal de grande instance de Toulouse et notamment l'extrait reproduit par F. BURNIER et B. PESQUIÉ, «Test de discrimination et preuve pénale», *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 62.

(64) V. VAN DER PLANCKE, «Les tribulations du testing en Belgique: quels enseignements?», *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 41.

(65) Pour de plus amples développements de droit comparé, voy. I. RORIVE, «Le test de situation en Europe: mythes et réalités», *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, n° 3, spéc. pp. 35-37; et surtout *Proving discrimination cases. The role of situation testing*, Migration Policy Group, à paraître en 2008. Voy. également D. SCHECK, L. WADINGTON et M. BELL, *Non-Discrimination Law*, Hart publishing, Oxford and Portland, 2007, pp. 255 et s.

(66) Organismes équivalents du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en Belgique. En vertu de l'article 13 de la directive Race 2000/43/CE précitée, les États membres sont tenus de mettre en place des organismes de promotion de l'égalité de traitement qui soient indépendants.

(67) Sur ces pratiques, voy. notamment Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007.

(68) Cette affaire a été publiée dans le journal officiel de la Cour suprême où paraissent les décisions d'importance toute particulière sous le numéro EBH 2002.625. Pour une description plus détaillée, voy. le *Livre Blanc 2000* sur le site de NEKI, affaire «Discotheque in D.» (<http://www.neki.hu/indexeng.htm>).

(69) Décret gouvernemental 362/2004 relatif à l'Autorité en charge de l'égalité de traitement et les règles circonstanciées de sa procédure (ETAD), adopté en décembre 2004.

(70) Voy. les arrêts du 12 septembre 2000, 11 juin 2002 et 27 juin 2005, publiés sur le site de légifrance et détaillés *infra*.

(71) Article 225-3-1 du Code pénal français introduit par l'article 45 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

(72) Article 2 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, tel que modifié par l'article 41 de la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

Bien que le test de situation judiciaire reste largement méconnu en Espagne, en Allemagne, en Grèce, en Italie, en Lituanie, au Luxembourg, à Malte, en Pologne, au Portugal ou en Slovaquie, il n'a cessé de se répandre ces dernières années et commence à être utilisé en Autriche et à Chypre. S'il est délicat d'établir un modèle sur la base duquel le test de situation se développerait au sein de l'Union européenne, il est certain que cette technique qui s'apparente à un « jeu de rôle » ou à « une mise en scène » suscite parfois des réserves. Afin de cadenciser les objections tirées de l'exigence de loyauté de la preuve, une tendance forte consiste à développer des directives adressées aux testeurs. La préparation rigoureuse des tests de situation judiciaires, notamment par la mise en place d'un protocole solide, permet d'éviter que cette technique, dont les mérites sont soulignés pour contrer nombre de discriminations directes, ne soit discréditée. L'expérience européenne qui tend nettement vers une reconnaissance du test de situation judiciaire devrait permettre d'apaiser les craintes qui entourent encore son utilisation en Belgique et de mettre un terme aux crispations qu'il a générées par le passé.

II. Les réticences au test de situation judiciaire

A. Un instrument diabolisé

Les débats, parfois houleux, qui entourent l'utilisation du test de situation en justice reposent, dans certains cas, sur des considérations alarmistes, pour ne pas dire totalement irrationnelles. Relayant les critiques émises par des organisations patronales et par l'Office national des propriétaires, le VLD a ainsi déclaré, en 2005, refuser « d'instituer un corps d'espions, d'envoyer des taupes infiltrer les entreprises, d'ouvrir des lignes de délation, de consacrer Big Brother » (73). Le Premier ministre, GUY VERHOFSTADT, n'a pas hésité à qualifier les testeurs d'« infiltrés » et de « dénonciateurs ». Et d'ajouter : « On n'envoie pas une femme nue vers un homme afin de contrôler s'il est adultère » (74) (75). Ce parallèle suggestif est pour le moins audacieux et trompeur : le penchant discriminatoire serait-il un destin pulsionnel non domesticable lorsqu'il est éveillé par la simple présence d'un candidat handicapé ou étranger ? Si tel devait être le cas, le testing fera office de révélateur indispensable, et non de provocateur à proscrire. Il en irait bien sûr autrement si les testeurs, agressifs ou négligés, devaient chercher à susciter l'animosité du recruteur ou son désintérêt. Il ne fait aucun doute

(73) *Le Soir*, 26, 27 et 28 mars 2005. Voy. aussi l'éditorial très virulent de RENÉ MENÉ publié dans l'hebdomadaire des classes moyennes : « Respectez nos libertés », *Union & Actions*, n° 13, 1er avril 2005, publié sur http://www.ucm.be/ucm/ewcm.nsf/_/C79195DDEDF2C223C1256FD600517829.

(74) *De Standaard*, 25 mars 2005.

(75) Pour un résumé critique des résistances aux testing, voy. V. VAN DER PLANCKE, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, pp. 44-46.

que, dépourvus de méthodologie acceptable, les résultats de pareils testings n'auraient aucune force probante.

En France, dans le cadre des débats à l'Assemblée nationale sur le projet de loi pour l'égalité des chances légalisant le test de discrimination en droit pénal (76), l'Union nationale de la propriété immobilière s'est montrée menaçante. Revenant sur le droit des propriétaires privés de choisir leur locataire, elle considéra que la généralisation de ce procédé « ne pourrait avoir que des résultats négatifs et irait à l'encontre de la politique menée par le gouvernement, notamment pour la remise sur le marché des logements vacants » (77). Il en va là d'une critique chère aux libertariens selon laquelle les législations anti-discriminatoires et tous moyens mis en œuvre pour améliorer leur efficacité conduirait à la privatisation de la sphère publique (78) : déterminés à louer à qui bon leur semble, les propriétaires d'immeubles en location rendraient « clandestines » des annonces qu'ils faisaient jusqu'alors circuler librement dans l'espace citoyen. À nouveau, cette tentative d'intimidation ne doit pas être surestimée : les inconvénients du développement éventuel d'un « marché locatif secondaire » seront, en réalité, largement compensés par l'accès généralement accru au logement, au bénéfice des personnes protégées par l'arsenal législatif anti-discriminatoire. Prétendre le contraire reviendrait à nier tout pouvoir de transformation sociale des normes. Au delà de la manipulation politique, il demeure toutefois incontestable que le test de situation n'est pas sans susciter des difficultés qui tiennent à la fois de la méthodologie et de l'éthique juridique.

B. Méthodologie

Les tests de situation doivent être construits suivant une méthodologie rigoureuse afin de neutraliser les variables qui peuvent fausser l'analyse. Pour mener à bien sa campagne « La direction se réserve le droit d'entrée » qui visait certaines boîtes de nuit à Bruxelles, le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) avait veillé à ce que les couples soient habillés et coiffés de manière « correcte » et homogène, à ce qu'ils appartiennent à la même tranche d'âge, à ce qu'ils ne soient pas sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants, à ce qu'ils adoptent une attitude courtoise et mesurée lors de leur contact avec les portiers de l'établissement, etc. (79). Pour être convaincant, le test de situation

(76) Loi 2006-396 pour l'égalité des chances du 31 mars 2006, introduisant l'article 225-3-1 dans le Code pénal français.

(77) Communiqué de l'UNPI, 2 décembre 2005.

(78) Pour un exemple, hautement contestable, voy. M. STORME, « Algemene discriminatiewet leidt onvermijdelijk naar politiestaat », *De juristenkrant*, 6 novembre 2002, n° 57, p. 4.

(79) Pour un descriptif de cette campagne menée en 2000-2001, voy. sur www.mrax.be, G. INGELS et A. DEWEZ, « La direction se réserve le droit d'entrée », 29 juillet 2005 (www.mrax.be/article.php?id_article=194). Pour les suites de cette campagne, voy. sur www.mrax.be, C. DELANGHE, « Encore et toujours », 26 avril 2005 (http://www.mrax.be/article.php?id_article=67).

suppose bien la comparabilité la plus complète possible entre le groupe susceptible d'être discriminé et le groupe de contrôle qui lui ressemble en tous points, mise à part la caractéristique testée. Cette exigence essentielle n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre en pratique: on ne peut, sans éveiller la méfiance, envoyer trois C.V. à une petite entreprise qui recrute en ne changeant que la consonance du patronyme; de même, il n'est concrètement pas possible de construire des C.V. similaires pour deux personnes alors que l'une est âgée de 50 ans et l'autre de 30 ans. Il faut pourtant faire en sorte que la personne qui reçoit les C.V. puisse porter un jugement «équivalent» sur ces candidatures de telle sorte que la différence de traitement ne puisse s'expliquer que par l'origine ethnique dans le premier cas, ou par l'âge, dans le second (80). Concernant les *in-person audits* (par exemple, l'envoi de testeurs à un entretien d'embauche), même une préparation minutieuse ne permet pas de supprimer complètement ce qu'il est convenu d'appeler le «biais de personnalité» (81). D'autres limites encore grèvent le procédé du test de situation dans le domaine de l'emploi: s'il peut être utilisé dans le processus de sélection, la technique est, en revanche, totalement inadaptée pour détecter une discrimination au stade d'une promotion ou d'un licenciement.

Pour être suffisamment concluant, le test de situation suppose également une certaine répétition du traitement défavorable subi par les personnes présentant un critère de différenciation protégé. Des auteurs précisent néanmoins que le test ne doit aucunement être renouvelé de multiples fois pour être valide et crédible et que certaines cours d'appel criminelles françaises acceptent qu'un seul test soit produit (82): il est alors généralement précisé que, pour constituer une preuve pénale et non seulement un indice important de culpabilité pour le juge, le *testing* unique doit être conforté par des auditions de témoins ayant participé au test, des opérations d'enquête plus classiques opérées par les services de police, ou le recueil de documents éventuels, etc. Ainsi faut-il relever que le 17 mars 2008, la Cour d'appel de Paris a relaxé quatre portiers de boîtes de nuit du quartier parisien des Champs-Élysées, condamnés en première instance pour discrimination raciale, les magistrats ayant estimé que si le «testing» constitue bien un mode de preuve, le refus opposé à une seule personne ou à un seul groupe ne suffit pas à caractériser le délit de discrimination.

Il demeure logiquement certain que le test de situation sera d'autant plus à même d'emporter seul la conviction du juge que les différences de traitement

(80) F. BURNIER et B. PESQUÉ, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 66.

(81) G. CALVÈS, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 14.

(82) F. BURNIER et B. PESQUÉ, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 65. Il importe de préciser que cet article concerne la place du testing dans la preuve pénale.

épinglées seront plurielles (83). Dans cette logique, une répétition caractérisée du traitement défavorable établie par le test de situation sera finalement de nature, non pas uniquement à renverser la charge probatoire lorsque c'est possible (à savoir au civil), mais bien à constituer un commencement de preuve décisive de la discrimination.

Quant à la «qualité» des testeurs, certains ont pu affirmer que, pour éviter les interférences affectives, ils ne pouvaient avoir de lien – familial ou amical – ni avec la personne dont le comportement est testé, ni avec la victime (84). Comme telle, cette exigence pêche par sa rigidité. On admettra toutefois que la force probante du test de situation sera d'autant plus importante que le testeur sera «professionnalisé» (volontaire ayant bénéficié d'une formation spécifique ou, le cas échéant, huissier de justice) (85).

C. Loyauté de la preuve, provocation et respect de la vie privée

Une des critiques fréquemment avancée à l'encontre du test de situation est qu'il méconnaîtrait le principe de la loyauté de la preuve et qu'il serait constitutif de provocation. La Cour de cassation française a été saisie, à plusieurs reprises, de ce type de considérations. Dans une de ces affaires, l'association SOS Racisme avait procédé à des tests à l'entrée de plusieurs boîtes de nuit de la région de Montpellier. Les portiers poursuivis avaient été acquittés en appel au motif que le testing avait été effectué de manière biaisée et déloyale. Selon la cour d'appel, le testing avait été réalisé «de manière unilatérale par l'association, qui a fait appel uniquement à ses adhérents (...) dûment informés que le but de l'opération était (...) de démontrer la ségrégation existant à l'entrée de ces boîtes de nuit». Cette juridiction avait également relevé que le testing s'était déroulé «sans aucune intervention d'un officier de justice ou d'un huissier de justice», n'offrait «aucune transparence», n'était «pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale» et portait «atteinte aux droits de la défense» (86). De manière nette et concise, la Cour de cassation française a rejeté ce point de vue. Après avoir rappelé que les infractions peuvent être éta-

(83) Interrogé dans le cadre des travaux qui ont présidé à l'adoption de la loi belge du 25 février 2003, le CECLR avait précisé que «afin d'exclure l'effet du hasard, il faut que le test de situation soit répété à plusieurs reprises, en alternant l'ordre des groupes». *Doc.parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 12/22, p. 193.

(84) En ce sens, voy. l'avis du CECLR, *Doc.parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 12/22, p. 193 (qui n'évoque que le lien du testeur avec le suspect); Kif Kif & Liga voor Mensenrechten, *Handleiding praktijktest discriminatie*, 2007, p. 8 disponible sur le site de Kif Kif (<http://www.site.kifkif.be/pdf/brochurepraktijktest.pdf>).

(85) Rappelons qu'en France, les agents de la Halde sont désormais compétents pour établir des procès-verbaux constatant les «délits de discrimination» décelés à l'occasion de test de situation (*supra*, note 70).

(86) C. app. Montpellier (ch. corr.), 5 juin 2001, inédit.

blies par tout mode de preuve en matière pénale, la Cour souligne «qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illécite ou déloyale». Le juge doit en «apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire» (87). Le juge ne peut donc écarter a priori les résultats d'un test de situation. Sa valeur probante doit être appréciée dans chaque cas d'espèce (88).

Le test de situation n'est pas déloyal en lui-même. Ce sont les conditions dans lesquelles il est organisé et une méthodologie déficiente qui peuvent conduire à en écarter les résultats. Le test de situation n'est pas non plus, *per se*, constitutif de provocation (89). La Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à trancher une question analogue à propos de la technique policière qui consiste à infiltrer des agents dans des milieux criminels ou, dans la lutte contre le trafic de stupéfiants, à pratiquer le pseudo-achat pour démasquer les dealers. Selon la Cour, pour autant que ces agents – et donc, par analogie, les testeurs – ne fassent pas naître de résolution criminelle chez les personnes testées, ce procédé est admissible (90). Elle considère, par ailleurs, que le recours à un agent infiltré

(87) Cass. fr. (ch. crim.), 11 juin 2002, n° 01-85.559, publié sur le site de Légifrance.

(88) Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 12 septembre 2000, n° 99-87251, publié sur le site de Légifrance. Dans cette affaire qui concernait également un testing à l'entrée d'une discothèque, un huissier de justice avait assisté aux opérations et établi un constat dans lequel il relevait que le groupe de jeunes de type maghrébin s'était vu refuser l'entrée au motif que l'établissement était privé, alors que des groupes de personnes de type européen entraient sans aucune difficulté. Voy. aussi l'arrêt de la Cour du 7 juin 2005, n° 04-8735, publié sur le site de Légifrance. Dans cette affaire, la victime d'une discrimination au logement avait téléphoné à l'agence immobilière depuis les locaux de l'association SOS Racisme. L'enregistrement de la conversation avait été admis comme mode de preuve en justice.

(89) Dans le même sens, voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, «La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination: les défis d'une horizontalisation des droits de l'homme», *A.P.T.*, 2003, nn° 132 et s. Pour des développements contrastés sur la problématique de la provocation, voy. R. DE VALKENBERG, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 276 et s.

(90) Cour eur. D.H., *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1988. Dans le même sens, Cour eur. D.H. (déc.), *Calabro c. Allemagne et Italie*, 21 mars 2002 ; Cour eur. D.H. (déc.), *Sequeira c. Portugal* du 6 mai 2003 ; Cour eur. D.H. (déc.), *Eurofinacom c. France*, 7 septembre 2004 ; Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *Ramanauskas c. Lituanie* du 5 février 2008. Il importe de relever que, dans ce dernier arrêt, la Cour estime que les autorités nationales ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité pour les agissements de policiers en se bornant à invoquer le fait que ceux-ci, bien qu'accomplissant des actes de nature policière, auraient agi «à titre privé». Il y a là une nouvelle consécration de l'horizontalisation des droits fondamentaux qui devront être respectés par les particuliers qui s'investissent activement dans la recherche de preuves. Voy. aussi la jurisprudence néerlandaise qui a refusé d'assimiler le test de situation à une forme de provocation (Hoge Raad, 24 novembre 1981, *N.J.*, 1982, p. 177; Hoge Raad, 18 octobre 1988, *N.J.*, 1989, p. 476 et les opinions suivantes de la Commissie Gelijkte Behandeling, disponibles sur le site de cette dernière: 1997-62, 1997-64, 1997-66, 1997-133, 1998-39, 2005-136).

n'est pas en soi attentatoire au droit à la vie privée (91). En d'autres termes, si les testeurs se bornent à mettre en place les conditions à la commission de l'infraction et la constatent par leur présence passive, ce n'est pas de la provocation et le procédé est acceptable. La bonne organisation d'un test de situation requiert donc des consignes très claires pour que les testeurs ne se voient pas reprocher d'encourager la personne observée à adopter un comportement discriminatoire.

Afin de ne pas donner crédit au spectre de Big Brother, il paraît souhaitable de ne mener des tests de situation judiciaire que dans les cas où une victime s'est préalablement signalée, et non de manière purement proactive (92). On ne peut, en effet, nier la dynamique paradoxale selon laquelle la surveillance à tout crin suscite plus la suspicion qu'elle ne rassure celui au bénéfice duquel elle est organisée (93). On ne peut, non plus, risquer d'accréditer la thèse de ceux qui font l'amalgame entre test de situation et harcèlement (94). Bien évidemment, tout est question de contexte et de mesure. Très délicate, nous semble-t-il, serait la conduite de testings à l'embauche dans des entreprises choisies «à l'aveugle», aux fins de lancer des actions en justice. Par contre, les associations, qui, saisies d'un nombre important de plaintes dans le secteur, organiseraient des testings à l'entrée des boîtes de nuit dans un but de sensibilisation, auraient de bonnes raisons d'emprunter la voie judiciaire si leur enquête fait apparaître des pratiques discriminatoires graves (95).

Il reste essentiel que, dans un souci de ne pas dévaloriser les résultats des tests de situation, les acteurs qui les mènent adoptent un positionnement clair sur leur finalité. L'on observe, notamment en France, certains errements dus au fait que les opérateurs des tests, issus de la société civile, cherchent à cumuler les approches médiatique et judiciaire. Les «nuits du testing», organisées dès 1998 par l'association SOS Racisme tendaient autant à alerter l'opinion qu'à initier des

(91) Cour eur. D.H., *Lüdi c. Suisse*, 15 juillet 1992, § 40. Pour une crainte en ce sens, voy. C.E., avis n° 32.967/2 du 4 février 2002 précité.

(92) En ce sens, voy. B. BODROGI, *Testing for discrimination: Identifying and prosecuting human rights abuses*, L. MAHONY (ed.), Minneapolis, Center for Victims of Torture, 2003, p. 11; la circulaire française précitée du 26 juin 2006, *Bull. off. Ministère de la Justice*, n° 102; Kif Kif & Liga voor Mensenrechten, *Handleiding praktijktest discriminatie*, 2007.

(93) Sur ce point, voy. V. VAN DER PLANCKE, art. cit., *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 44. De manière générale, voy. D.M. WOOD (ed.), *A report on the surveillance society*, for the Information Commissioner by the Surveillance Studies Network, septembre 2006, p. 3.

(94) Voy., par exemple, l'opinion du Mouvement Réformateur, «Lutter contre les discriminations», 12 avril 2005, publié sur http://www.mr.be/News/12-04-05_MR-lutte-contre-discriminations.php.

(95) C. DELANGHE, art. cit., *Revue du droit des étrangers*, 2008 (à paraître). Voy. cependant le rapport de la Commission de la Justice qui, tant pour les tests de situation que pour les tests de récurrence, dénie toute légitimité aux «coups de sonde» (*Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, pp. 71 et 79).

actions en justice. D'où des pratiques qualifiées de «très disparates et peu rigoureuses» avec parfois l'absence de dépôt de plaintes, déplorée même par le parquet, dans des cas pourtant concluants (96).

III. Les avatars du test de situation en Belgique

A. Le cadre législatif

La loi du 25 février 2003 (97) (ainsi, d'ailleurs, que les premières moutures des projets préfigurant les lois du 10 mai 2007) (98) envisageait expressément le *test de situation* comme un cas d'application du basculement de la charge de la preuve dont les modalités de mise en œuvre devaient être régies par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Partisans et adversaires de cette technique s'affrontèrent autour d'un projet de texte qui, soucieux de l'entourer de nombreux garde-fous, avait tendance à en rendre les conditions d'application extrêmement contraignantes (99). Faute d'accord, cet arrêté royal ne fut jamais adopté, une carence qui entretint le doute sur la validité de ce mode de preuve (100). Une carence à l'origine également d'une action en responsabilité contre l'État puisqu'en janvier 2007, un Belge d'origine marocaine assigna le Premier ministre et le ministre de l'Intégration sociale pour violation de l'article 108 de la Constitution habilitant le Roi à prendre les arrêtés nécessaires à l'exécution des lois. S'étant vu refuser, à deux reprises, l'entrée d'une discothèque à Gand, contrairement à sa compagne autochtone, l'homme avait déposé plainte et demandé, en vain, au parquet d'organiser un test de situation. Le dossier avait alors été classé sans suite, une décision que le plaignant attribuait au manque de base juridique suffisante à la mise en œuvre de cette technique de preuve (101). La situation semblait inextricable d'autant que le Conseil d'État avait considéré dès 2002, que les «principes essentiels» du test de situation devaient être insérés dans la

(96) G. CALVÈS, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 13.

(97) Art. 19, § 4 disposant que le test de situation «peut être établi par constat d'huissier».

(98) Projet de projet de loi anti-discrimination précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2722/001, art. 27, § 2; projet de loi anti-racisme précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/001, art. 27, § 2; projet de loi pour l'égalité entre les hommes et les femmes, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2721/001, art. 32, § 2.

(99) Ainsi, par exemple, le Premier ministre déclara dans la presse que les tests de situation devaient être exécutés par un fonctionnaire assermenté sous décision d'un tribunal et qu'en aucun cas ils ne pouvaient être effectués par des volontaires, même après quelques semaines de formation. Voy. «Le blocage politique sur le testing devant les tribunaux», *La Libre Belgique*, 16 janvier 2007. Sur le contenu du projet d'arrêté royal et l'insatisfaction des organisations non gouvernementales, voy. V. VAN DER PLANCKE, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, pp. 43-44.

(100) Voy., par exemple, Trib. corr. Bruxelles, 31 mars 2004, publié sur le site du CECLR. En l'espèce, le tribunal écarta le procédé au motif qu'«il ne dispose d'aucune garantie quant à l'objectivité, à l'exactitude et au caractère complet des informations».

(101) *Le Soir*, 16 janvier 2007, p. 4.

législation même, étant donné les risques d'ingérence dans le droit au respect de la vie privée ou au domicile de celui soumis à pareil test (102).

Pour sortir de l'impasse politique, toute référence expresse aux tests de situation fut rayée des projets de textes de loi pour être remplacée par ce qu'il est convenu d'appeler des «tests de récurrence» et des «tests de comparabilité» (103). Ceux-ci étant énoncés au titre d'exemples de «faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe», ils n'excluent en rien la licéité des tests de situation. L'on peut dès lors se demander quels sont les rapports qu'entretiennent ces trois procédés et surtout de quelles caractéristiques sont dotés les deux nouveaux venus.

B. Les tests «de récurrence» et «de comparabilité»

Les travaux parlementaires soulignent, à plusieurs reprises, que les exemples choisis s'inspirent en droite ligne de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (104). À la lecture des arrêts cités (105), l'on est pourtant bien en peine de trouver la conceptualisation de ces deux méthodes sur la base desquelles la présomption de discrimination est suscitée et par lesquelles la charge de la preuve est déplacée dans les cas de discrimination directe ; tout au plus y puiserons-nous les prémisses. Mais cela importe peu ! Le but de la manœuvre n'était-il pas de permettre aux uns et aux autres d'annoncer triomphalement la fin ou la pérennité du test de situation ? Quels sont alors les particularités et l'intérêt pratique des tests de récurrence et de comparabilité ?

Pour le *test de récurrence*, les travaux parlementaires nous enseignent que «la présomption est suscitée à la lumière de données dont il ressort qu'il existe un canevas de traitement défavorable à l'égard de personnes ayant une caractéristique donnée» (106). Autrement dit, la répétition d'un fait envers la même catégorie de personnes établit le lien de causalité entre le traitement défavorable et le critère protégé. Concrètement, la récurrence peut ressortir de témoignages de personnes partageant le critère protégé de la victime, de témoignages constatant

(102) Avis n° 32.967/2 du 4 février 2002 précité et repris, pour parties, dans l'avis n° 42.399/1 du 13 mars 2007 précité.

(103) *Supra*, notes 30 et 31. Voy. aussi E. LIBERT, *Rapport de la Commission de la Justice de la Chambre* (pour les trois projets de loi), *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, 19 mars 2007, p. 75.

(104) *Ibid.*, pp. 75, 78 et 80.

(105) Pour le test de récurrence, arrêts de la C.J.C.E. précités *Danfoss* (aff. 109/88), *Enderby* (aff. C-127/92) et *Royal Copenhagen* (aff. C-400/93); pour le test de comparabilité, arrêt de la C.J.C.E. précité *Brunnhofner* (aff. C-381/99). Jurisprudence précédemment commentée dans la présente contribution.

(106) Rapport du 19 mars 2007 précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, p. 75.

le traitement défavorable infligé à des personnes partageant le critère protégé de la victime ou encore de données générales ou spécifiques (comme des statistiques) révélant un traitement défavorable de personnes partageant un critère déterminé (107). Les travaux parlementaires précisent, et c'est crucial en pratique (108), que pour apprécier la récurrence de traitement défavorable, on peut tenir compte *des faits ou des données antérieures, simultanées ou postérieures à la discrimination présumée*. Pour mieux cerner la méthode, deux exemples sont évoqués: le cas d'une victime de discrimination à l'entrée d'une boîte de nuit en raison de la couleur de sa peau qui apporte plusieurs témoignages prouvant que l'accès à la boîte est systématiquement interdit à des personnes de couleur; la situation d'un postulant à un emploi qui établirait que plusieurs personnes d'origine étrangère ont également été refusées dans une procédure d'embauche (109). Par ailleurs, parmi les éléments de récurrence, les textes visent expressément «différents signalements isolés faits auprès du Centre pour l'égalité des chances ou auprès des groupements d'intérêts» (à savoir, les syndicats et certaines associations de lutte contre les discriminations) (110).

Plusieurs incertitudes demeurent qu'il reviendra au juge d'éclaircir. Tout d'abord, quelle est l'intensité exigée de la répétition pour satisfaire aux exigences du test de récurrence et dans quel laps de temps doit-elle intervenir? Une seule répétition semble envisageable dans certains cas de figure. Ainsi, une personne d'origine étrangère que l'on refuse de servir dans un établissement peut revenir le lendemain avec un ami, également d'origine étrangère, qui constatera à son tour que le tenancier de l'établissement ne le sert pas alors qu'il prend la commande des «autochtones» (111). Ensuite, quelle est la place du comparateur dans les tests de récurrence? Il nous paraît qu'elle ne peut être complètement évacuée. Imaginons, dans le cadre d'une procédure d'embauche menée par une petite entreprise, que, sur cinquante candidatures, trente-cinq sont féminines et que les cinq personnes retenues pour un entretien sont des hommes. Imaginons encore que cette entreprise ne compte que des hommes parmi une quinzaine de travailleurs salariés. Ces éléments suffisent-ils pour établir une récurrence de traitements défavorables à l'égard des femmes susceptible de faire basculer la charge de la preuve? Ne faudra-t-il pas, en outre, établir que parmi les trente-cinq candidatures féminines rejetées, certaines correspondaient suffisamment au profil recherché?

(107) *Ibid.*, p. 79.

(108) Cf. affaire *Feryn* développée *supra*.

(109) *Ibid.*, p. 79.

(110) *Supra*, note 31.

(111) Pour une décision ayant admis ce procédé pour établir la discrimination dans un cas similaire, voy. C. Liège, 11 mars 1988, publié sur le site du CECLR.

Enfin, si l'innovation relative aux signalements (isolés mais convergents) auprès du Centre ou d'associations paraît très séduisante, elle appelle un encadrement adéquat et suscite plusieurs interrogations quant à sa mise en pratique (112). La seule saisine du Centre ou d'une association suffit-elle ou la plainte doit-elle avoir été investiguée plus avant pour être enregistrée? La personne accusée de discrimination doit-elle avoir été avertie des signalements déposés à son encontre? Un signalement peut-il être frappé de «prescription» après l'écoulement d'un certain laps de temps et, dans l'affirmative, lequel? En tout état de cause, un système d'enregistrement des plaintes de discrimination plus centralisé et respectueux du droit à la vie privée semble nécessaire pour assurer une mise en œuvre effective des nouvelles législations. En ce qu'il s'agirait vraisemblablement d'un stockage de «données judiciaires», et donc d'une «information sensible» par nature, au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après LVP) (113), leur traitement sera soumis à un régime de protection renforcée. L'article 8 de la LVP prévoit en effet, dans son § 1er, que «le traitement de données à caractère personnel relatives à des litiges soumis aux cours et tribunaux ainsi qu'aux juridictions administratives, à des *suspensions*, des poursuites ou des condamnations ayant trait à des infractions, ou à des sanctions administratives ou des mesures de sûreté *est interdites*» (114). Le § 2 stipule ensuite que l'interdiction de traiter les données à caractère personnel visées au § 1er n'est pas applicable aux traitements effectués notamment sous le contrôle d'une autorité publique, ou dans le cadre de réalisation de finalités fixées par ou en

(112) Voy. V. VAN DER PLANCKE, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, pp. 53-54; C. DELANGHE, *art. cit.*, *Revue du droit des étrangers*, 2008 (à paraître).

(113) Certains auteurs ont pu épinglez l'absence de contours clairs de la «donnée judiciaire» (revêtu en Belgique d'une portée plus large que celle qui lui est reconnue dans la directive 95/46/CE, *infra*), alors que selon la Commission pour la protection de la vie privée elle-même, «le principe (voire la portée) de l'interdiction de traiter de telles données et les exceptions doivent être clairement définis» (CPVP, 15 juin 2005, avis n° 09/2005 sur un encadrement des listes noires, pt. 4.1.3.c). Pour des développements sur la notion de données judiciaires, voy. notamment C. BURTON et Y. Poullet, «Note d'observations - À propos de l'avis de la Commission de la protection de la vie privée du 15 juin 2005 sur l'encadrement des listes noires», *Revue du Droit des Technologies de l'Information (R.D.T.I.)*, n° 23, 2005, n° 19 et s. Les auteurs relayent, en tentant d'y répondre, les questions soulevées par J. DHONT: «À partir de quels moments les données relatives aux litiges soumis aux cours et tribunaux sont estimées être d'ordre judiciaire? Dès la citation ou dès la comparution?» (*in* «Le traitement de données à caractère personnel dans le secteur d'assurances. La légalité des banques de données», *Rev. Y. U.L.&*, 2000, pp. 320 et s.). Voy. également, Conseil de l'Europe, *Les données sensibles revisitées*, rapport préparé par le Prof. S. SIMPIS, 1999; Conseil de l'Europe, *Rapport sur l'incidence des principes de la protection des données sur les données judiciaires en matière pénale y compris dans le cadre de la coopération judiciaire en matière pénale*, 2001.

(114) Notre accent.

vertu d'une loi (115): reste à examiner si une intervention législative spécifique est ici nécessaire. Encore faut-il toutefois ajouter que les personnes morales – telles les entreprises ou les sociétés de logement – ne bénéficient, en tant que telles, pas de la protection de la LVP (116).

Aux côtés du test de récurrence, le *test de comparabilité* ou *méthode par élimination* consiste à apporter des éléments suffisamment convaincants afin d'établir la comparabilité des situations entre la personne qui s'estime victime d'une discrimination et une personne «de référence» qui ne partage pas le critère protégé. En prouvant en détail la comparabilité de ces personnes au regard du bien à pourvoir (emploi, logement, accès à un lieu de loisir...), les facteurs qui auraient pu justifier une différence de traitement s'éliminent d'eux-mêmes et il ne reste que le critère protégé comme variable explicative de l'inégalité de traitement (117). Un des exemples présentés dans les travaux parlementaires est particulièrement fréquent en pratique: une personne parlant avec un accent étranger souhaite louer un appartement et prend contact avec le propriétaire qui ne donne pas suite à la demande sous prétexte que l'appartement est déjà loué. Une autre personne, sans accent étranger, entame la même démarche et est immédiatement invitée à visiter les lieux (118). Pareil cas de figure est paradigmatique de l'efficacité du procédé en ce domaine: le principal critère sur lequel les candidats doivent être comparables étant la solvabilité suffisante pour payer le loyer, il y a finalement peu de variables à éliminer pour qu'une présomption de discrimination soit établie.

En toute hypothèse, le rôle du comparateur (personne de référence, existante ou virtuelle (119), ne partageant pas le critère protégé) est consubstantielle à la définition de la discrimination. C'est bien parce que cette personne, placée dans

(115) Transposition de l'article 8, § 5 de la directive 95/46/CE 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 données. Voy. également l'article 6 de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

(116) Voy. art. 1er, § 1er de la LVP. «Pour l'application de la présente loi, on entend par 'données à caractère personnel' toute information concernant une *personne physique identifiée ou identifiable* (...); est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale».

(117) Rapport du 19 mars 2007 précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, p. 80.

(118) *Ibid.*

(119) Dans la mise en œuvre des directives européennes anti-discriminatoires, la référence à un comparateur hypothétique est de plus en plus largement reconnue. Voy. M. BELL, I. CHOPIN & F. PALMER (for the European Network of Independent Experts in the non-discrimination field), *Developing anti-discrimination law in Europe. The 25 EU Member States compared*, European Communities, July 2007, p. 24.

une situation similaire, bénéficie d'un traitement différent que ce dernier rompt le principe d'égalité. Cette rupture sera discriminatoire dans la mesure où elle repose sur un motif prohibé. D'un point de vue probatoire, le test de comparabilité paraît dès lors de peu d'utilité pratique, sauf à relayer l'importance de l'égalisation des paramètres, notamment dans la construction des tests de situation. Sauf aussi à donner une assise légale à la collecte provoquée de témoignages dans un cadre moins formel que celui du test de situation.

Il appartient aujourd'hui au juge d'assimiler ces nouveaux procédés, et d'être flexible dans l'octroi du glissement de la charge probatoire: On s'étonnera dès lors que, dans une des premières affaires rendues sur la base de la «loi anti-racisme» du 10 mai 2007, le juge, saisi d'une action en cessation, n'ait apparemment pas fait application de ces principes (120). Alors que le demandeur fit valoir une succession d'appels téléphoniques de personnes comparables (couple avec enfants) traitées différemment selon la consonance du nom, le juge considéra, sans plus de motivation, que le demandeur n'avait pas établi de fait pouvant laisser présumer une discrimination.

C. Le test de situation: une exigence de comparabilité et une certaine récurrence

En combinant les éléments constitutifs du test de comparabilité et du test de récurrence, le test de situation paraît se situer à l'intersection des deux procédés (121). Alors que le test comparatif vise à établir qu'une personne de référence (comparable à la victime à l'exception du critère protégé) a été mieux traitée que la victime, le test de récurrence consiste à démontrer que des personnes partageant le critère protégé de la victime ont subi le même traitement défavorable que celle-ci. Le test de situation, qui repose sur une méthode d'audit par couple, révèle à la fois le meilleur traitement du «groupe majoritaire» et le traitement défavorable subi par le «groupe minoritaire». Pour ce dernier, l'aspect controversé de «jeu de rôles» est plus présent dans la mesure où il suppose la mise en place de «couples» spécifiquement construits pour mesurer une différence de traitement. En dépit de référence expresse dans les textes de loi, le test de situation reste un outil parfaitement licite en droit belge dont il reviendra au juge d'apprécier les mérites dans chaque cas d'espèce.

(120) Trib. civ. Bruxelles (réf.), 16 novembre 2007, non publié: jugement n° 07/8699/A.

(121) V. VAN DER PLANCKE, *art. cit.*, *Horizons stratégiques*, 2007, n° 5, p. 54.

§ 3. LES DONNÉES STATISTIQUES

I. Statistiques, discrimination indirecte et discrimination directe

Les lois fédérales belges du 10 mai 2007 prévoient à l'unisson que des *statistiques générales* concernant la situation du groupe dont la victime de la discrimination fait partie, de même que du *matériel statistique élémentaire* révélant un traitement défavorable, sont des faits qui permettent de présumer l'existence d'une *discrimination indirecte* fondée sur un critère protégé (122). Au regard de la complexité de ces modes de preuve, il faut regretter le peu de loquacité des travaux parlementaires dans leurs description et analyse (123). Ceux-ci se bornent à mentionner que les *statistiques générales* sont celles produites au niveau macro-économique, (national ou régional...), et que la méthode fondée sur de telles données est souvent reconnue par la Cour de Justice, à tout le moins implicitement (124). Ils ajoutent que la présomption peut également naître «de *statistiques concrètes* concernant le groupe dont la victime fait partie (par exemple au niveau de l'entreprise)», pour préciser enfin que par «données statistiques élémentaires», on entend celles qui ne fournissent pas de preuve exhaustive de l'impact disproportionné d'un dispositif, d'une mesure ou d'une procédure neutre, mais qui permettent d'en présumer l'existence («comme des données générales révélant un préjudice particulier») (125).

La loi du 25 février 2003 admettait déjà expressément que l'invocation de données statistiques par la victime puisse entraîner un basculement de la charge de la preuve (126). Les entités fédérées connaissent également des dispositions similaires (127). Pareilles statistiques n'ont toutefois jusqu'à ce jour jamais été in-

(122) Loi «anti-discrimination» précitée, art. 28, § 3, 1^o et 3^o; loi «anti-racisme» précitée, art. 29, § 3, 1^o et 3^o; loi «pour l'égalité entre les hommes et les femmes» précitée, art. 33, § 3, 1^o et 3^o.

(123) Rapport du 19 mars 2007 précité, *Ch. repr.*, sess. 2006-2007, Doc 51-2720/0009, pp. 80-81.

(124) Voy., par exemple, C.J.C.E., 6 février 1996, *Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. c. Johanna Lewark*, aff. C-457/93, §§ 29-30. Dans cette affaire, le juge fait référence aux statistiques officielles en matière d'emploi et en matière sociale, selon lesquelles à la fin du mois de juin 1991, en Allemagne, 93,4 % de l'ensemble des employés à temps partiel étaient des femmes et 6,6 % des hommes.

(125) Rapport du 19 mars 2007 précité, p. 81. Les travaux parlementaires précisent que dans la pratique juridique anglaise, les données statistiques élémentaires peuvent être suffisantes afin de présumer l'existence d'une discrimination indirecte (voy. le renvoi à l'ouvrage de R. TOWNSHEND-SMITH, *Discrimination Law: Text, Cases and Materials*, London, Cavendish Publishing Limited, 1998, p. 275).

(126) Loi précitée, art. 19, § 3.

(127) Voy., dans le même sens, l'article 17 du décret de la Région wallonne du 27 mai 2004 relatif à l'égalité de traitement en matière d'emploi et de formation professionnelle. Le recours aux données statistiques est également expressément recensé dans l'article 29 de

.../...

voquées dans l'arène judiciaire belge, tant les questions méthodologiques (I) et juridiques (II) soulevées par ce procédé sont nombreuses: nous y reviendrons. Dans les pays de tradition anglo-saxonne, en revanche, la jurisprudence est féconde depuis plus d'une génération, et constituera une source d'inspiration indispensable (128).

Deux remarques préliminaires s'imposent d'emblée: l'une tient notamment à l'impact de l'outil statistique sur la portée de la discrimination indirecte; l'autre concerne l'usage de statistiques pour établir une discrimination directe. *Premièrement*, il faut saluer le fait que, sans y être nullement contrainte par les directives européennes d'égalité de traitement, la Belgique ait explicitement admis, dans sa législation, la preuve de la discrimination indirecte par l'apport de données statistiques. Plus qu'une simple question procédurale, c'est en réalité la portée de l'interdiction de la discrimination indirecte qui s'en trouve considérablement étendue. En effet, avec l'admissibilité de la preuve statistique, se voient interdits «non seulement le recours à des mesures 'suspectes' – c'est-à-dire celles 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

.../...

l'avant-projet de décret de la Région wallonne relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination en ce compris la discrimination entre les femmes et les hommes en matière d'économie, d'emploi et de formation professionnelle. Il en va de même dans l'avant-projet de décret de la Communauté française relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Même s'ils ne mentionnent pas explicitement les données statistiques, il faut par ailleurs considérer que ce mode de preuve est admis implicitement par l'article 13 du décret de la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle, l'article 14 du décret du Conseil flamand du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi, et l'article 18 du décret de la Communauté germanophone du 17 mai 2004 relatif à la garantie de l'égalité de traitement sur le marché du travail.

(128) À titre exemplatif, voy. l'arrêt *Hussein v. Saints Complete House Furnitures* [1979] IRLR 337 (EAT): le tribunal anglais devait juger du caractère discriminatoire d'une politique d'embauche excluant explicitement les candidats originaires d'un quartier particulier de la ville de Liverpool. À l'appui de statistiques démontrant que la population dudit quartier était composée à 50 % de noirs alors que la population noire ne représentait que 2 % de l'ensemble de la ville, l'employeur fut jugé coupable de discrimination indirecte, dès lors que la justification qu'il apporta à ses pratiques était dépourvue de toute légitimité (l'employeur invoqua son souci d'éviter que les amis chômeurs des employés issus de ce quartier circulent dans les environs du magasin et découragent les clients...). Aux Pays-Bas, la légalité de l'usage de données statistiques pour prouver une discrimination indirecte fut reconnue, pour la première fois en 1982, par la Cour suprême (Hoge Raad). Voy. Hoge Raad, 10 décembre 1982, *Binderen c. Kaya, N.J.* 1983, p. 87, disponible également sur www.rechtspraak.nl. Dans cette affaire, le plaignant d'origine turque, échouant à obtenir un logement social, suscita une politique discriminatoire dans le chef de l'association gérant le programme de logements sociaux. À l'appui de sa plainte, il démontra que, sur une période déterminée, 157 logements avaient été attribués dont un seul à une famille immigrée. Or, 10,2 % des personnes inscrites sur la liste d'attente étaient d'origine étrangère (voy. C. DELANGHE, *art. cit.*).

ladite mesure – mais également le recours à des mesures qui s'avèrent avoir un impact disproportionné sur certaines catégories protégées» (129).

Il faut rappeler ici que, jusqu'à l'adoption de la directive refonte 2006/54/CE, deux définitions nettement distinctes coexistaient en matière de discrimination indirecte. L'approche en terme d'«impact disproportionné» fut celle consacrée originellement par la Cour de Justice (130) et codifiée dans la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, 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» (131). Cette première conception s'adossait sur une analyse statistique de l'impact suscité par telle mesure, neutre en apparence, sur les deux catégories (hommes-femmes) en présence.

En raison des difficultés liées à la preuve par statistiques, souvent indisponibles (notamment en matière de discrimination raciale ou ethnique) ou peu accessibles, les instances européennes, en rédigeant les directives «Race» et «Emploi», ont endossé une définition différente de la discrimination indirecte, préalablement consacrée, elle aussi, dans la jurisprudence de la Cour de Justice (132). Elle y est définie comme «la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier (...)» (133). Il suffit donc que la mesure, neutre en apparence, soit de nature à produire potentiellement un effet discriminatoire sur telle catégorie protégée, peu importe le nombre de personnes effectivement touchées négativement. Le but initial du glisse-

(129) O. DE SCHUTTER, art. cit., in *Prouver la discrimination...* 2003, p. 25.

(130) Voy. notamment C.J.C.E., 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/81; C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. 170/84.

(131) Art. 2, § 2 (notre accent).

(132) La décision première en la matière est l'arrêt du 23 mai 1996, *O'Flynn*, aff. C-237/94, § 21. Pour une application de cette définition de la discrimination indirecte au contentieux de l'égalité hommes/femmes, voy. C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Julia Schornbus*, aff. C-79/99: tout en entérinant l'impact statistique très différencié de la mesure critiquée, la Cour de Justice ajoute que «il n'est pas nécessaire d'analyser les conséquences concrètes de l'application de la disposition. Il suffit de constater que, en accordant une priorité aux candidats qui ont effectué un service militaire ou civil obligatoire, les dispositions litigieuses révèlent, par elles-mêmes, une discrimination indirecte dès lors que, en vertu du droit national applicable, les femmes ne sont pas soumises à l'obligation du service militaire...». Pour une comparaison entre ces deux approches de la discrimination indirecte, voy. utilement O. DE SCHUTTER, *Discrimination et marché du travail...*, op. cit., 2001, pp. 93-144.

(133) Cette formulation fut textuellement reprise dans les trois lois fédérales du 10 mai 2007.

ment de définition consistait à faciliter la tâche des victimes de discrimination indirecte en ne restreignant pas les modalités de preuve disponibles aux seuls outils statistiques (134): des «faits de connaissance générale», tout comme des recherches sociologiques qualitatives (et non plus seulement quantitatives), pouvaient désormais être utilisées (135).

Avec l'adoption de la directive refonte en 2006, la dimension statistique semble transiter définitivement en arrière-scène dès lors qu'elle écarte, à son tour, la définition de la discrimination indirecte en terme d'impact disproportionné, qui avait prévalu jusqu'alors en matière d'égalité hommes-femmes dans l'emploi, ou du moins jusqu'à la rédaction de la directive 2002/73/CE (136). Le recours aux statistiques n'est cependant pas exclu, l'exposé des motifs des différentes directives exposant invariablement que «la discrimination indirecte peut être établie par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques» (137). Mais le choix de ce mode de preuve est désormais abandonné aux États et il faut apprécier que la Belgique en ait fait bon usage: dès lors que les «mesures susceptibles, par nature, d'entraîner un désavantage particulier» ne sont pas les plus abondantes, le recours à l'outil statistique semble en effet mieux à même d'offrir une réelle effectivité à l'interdiction de la discrimination indirecte. Pour cette raison, on ne peut d'ailleurs exclure qu'à l'avenir, la Cour de Justice des Communautés européennes érige en obligation ce qui se résume aujourd'hui à une simple faculté dans le chef des États membres (138). Le contexte est favorable dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme considère, elle aussi aujourd'hui, que les données statistiques peuvent constituer un commencement de preuve de l'existence d'une discrimination, qui oblige le gouvernement en

(134) C. BARNARD, «The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?», 46 *McGill Law Journal*, 2001, 955-977, p. 970; O. DE SCHUTTER, «Three Models of Equality and European Anti-discrimination Law», *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, vol. 57, n° 1, pp. 1-56.

(135) D. SCHIEK, «A new framework on equal treatment of persons in EC law?», *European Law Journal*, 2002, vol. 8, n° 2, p. 296.

(136) Les directives 2004/113/CE et 2006/54/CE substituent toutefois, à l'instar de la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 (modifiant la directive 76/207/CEE), aux termes «est susceptible d'entraîner un désavantage particulier» ceux de «désavantagerait particulièrement». L'usage de cette dernière formule, en ce qu'elle implique un désavantage significatif, révèle peut-être la difficulté pour l'UE de renoncer à la dimension statistique de la notion de discrimination indirecte en matière d'égalité hommes/femmes.

(137) Points 15 des préambules respectifs des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE, point 10 de l'exposé des motifs de la directive 2002/73/CE. Voy. également le point 37 de la directive 2006/54/CE.

(138) O. DE SCHUTTER, art. cit., in *Prouver la discrimination...*, 2003, pp. 23-37. L'auteur rappelle que la Cour de Luxembourg n'a pas hésité 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. notamment C.J.C.E., 9 novembre 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Società San Giorgio*, aff. 199/82).

cause à fournir une explication objective de la différence de traitement constatée (139).

Notre deuxième remarque préliminaire aux réflexions méthodologiques est la suivante: force est de constater que si les statistiques sont mentionnées, tant dans les préambules des directives européennes précitées que dans les lois belges du 10 mai 2007, parmi les faits permettant de présumer la discrimination indirecte, rien ne s'oppose en réalité à leur usage pour établir une présomption de discrimination directe. Les travaux parlementaires préalables aux lois fédérales prévoient d'ailleurs qu'un test de récurrence peut prendre appui sur des statistiques générales ou spécifiques. Les statistiques peuvent ainsi être particulièrement utiles, voire l'unique outil disponible, pour mettre à jour des pratiques directement discriminatoires dans des procédures informelles de recrutement (140). Certes, il ne faudrait pas que le recours aux statistiques conduise à une impasse indésirable, à savoir à une présomption de facto irréfragable de discrimination (141). Face à des statistiques significatives, l'employeur doit rester en mesure de convaincre le juge que son choix repose, malgré les apparences, sur des considérations légitimes.

II. Méthodologie

La question est ici bien plus complexe encore que pour les tests de situation. Pour évaluer la validité des données statistiques produites devant lui, le juge devra tenir compte de plusieurs ordres de considération. Il analysera tout d'abord comment fut dessiné le périmètre du «groupe de référence» et du «groupe d'arrivée», et selon quelles modalités furent construites les catégories protégées au sein de ces groupes, afin de mesurer l'impact comparatif de la mesure litigieuse sur ces dernières (A). Cette première étape, en ce qu'elle opère un classement des individus en catégorie selon le critère protégé qui les réunit, nécessite le recueil et le traitement de données sensibles notamment à l'origine nationale ou ethnique, le handicap, la religion ou encore l'orientation

(139) Cour eur. D.H. (déc.), *Hoogendijk c. Pays-Bas*, 6 janvier 2005; Cour eur. D.H., *Zarb Adami c. Malte*, 20 juin 2006; Cour eur. D.H. (Grande Chambre), *D.H. et autres c. République tchèque*, 13 novembre 2007. L'évolution jurisprudentielle est nette depuis l'arrêt *Hugh Jordan* dans lequel la Cour européenne avait refusé de considérer que, par elles-mêmes, les statistiques suffisent à créer une présomption de discrimination indirecte (Cour eur. D.H., *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001).

(140) Voy., au Royaume-Uni, l'affaire *Marshall v. F Woolworth & Co. Ltd* (COIT 1404/80, ET, citée dans C. DELANGHE, art. cit., *Revue du droit des étrangers*, 2008 (à paraître): le magasin mis en cause ne comptait aucun travailleur noir alors que la communauté noire dans la région d'implantation était significative et que la moitié des demandeurs d'emploi étaient issus de cette communauté. Une discrimination directe a, dès lors, pu être établie sur la base de statistiques.

(141) O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., 2001, pp. 84-85.

sexuelle. Nous n'aborderons pas cette dernière problématique qui fait l'objet d'une contribution spécifique de JULIE RINGELHEIM dans le présent ouvrage. Pour conclure à une présomption de discrimination, encore faudra-t-il veiller à ce que l'échantillon statistique fourni soit suffisamment représentatif, mesurer les écarts statistiques, et démontrer le caractère substantiel ou significatif de ces différentiels par des indicateurs d'ordre de grandeur appropriés (142). En d'autres termes, il faut pouvoir fixer le seuil d'écart statistique à partir duquel telle disposition, critère ou pratique sera jugé générer un impact à ce point disproportionné sur certains groupes qu'on puisse en présumer une discrimination avec, à la clé, un renversement de la charge de la preuve (B). Il incombera alors à l'auteur de la mesure controversée de justifier celle-ci, c'est-à-dire de convaincre qu'elle poursuit un objectif légitime et que les mesures par lesquelles elle prétend réaliser cet objectif sont nécessaires à sa réalisation.

A. La construction des groupes de comparaison

Le Professeur O. De Schutter a décrit la méthode avec une grande rigueur. Il faut, premièrement, pouvoir identifier avec précision le groupe «de référence» et le groupe «d'arrivée», «c'est-à-dire (...) la population «témoin» à l'échelle de laquelle l'on va pouvoir vérifier si, entre la composition du groupe à l'entrée et la composition à la sortie – après le passage de l'épreuve – un impact disproportionné peut être établi» (143). On procédera donc à une comparaison statistique de la représentativité des différentes catégories de personnes (hommes/femmes, autochtones/allochtones, jeunes/âgés...) entre le pool «de référence» et le pool «d'arrivée». Autrement dit, au sein de chacun de ces deux groupes, les individus doivent être répartis en deux catégories A et B qui se distinguent sur la base de 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 le ratio des membres de chaque catégorie au sein du groupe de référence, le rapport A'/B' représentera la proportion au sein du groupe d'arrivée. L'épreuve dont on cherche à évaluer si elle est constitutive ou non de discrimination indirecte sera jugée «suspecte» «lorsque les membres du groupe protégé (B) sont nettement moins bien représentés dans le groupe d'arrivée (...) qu'ils

(142) P. SIMON (coord. du projet Medis), *Étude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux États-Unis, au Canada, en Australie, en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas*, Commission européenne, DG Emploi et Affaires sociales, août 2004, p. 7 (disponible sur le site de la Commission européenne: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/data_fr.htm).

(143) O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail...*, op. cit., 2001, p. 100. Sur les difficultés de cette méthode, voy. p. 102 et s. Cette étude constitue la base des développements qui suivent.

ne l'étaient au sein du groupe de référence (...), c'est-à-dire lorsque $A/B < A'/B'$ » (144) (145) (146).

En guise d'illustration, imaginons une personne d'origine maghrébine qui, ayant échoué au concours de recrutement, doute du caractère égalitaire de l'épreuve d'embauche mise en œuvre par l'entreprise. Après analyse, il apparaît que 40 % de la population de la localité – composée à 60 % de Maghrébins – où était implantée l'entreprise jouissait des compétences requises. Parmi ces 40 % on pouvait dénombrer 70 % de non Maghrébins (catégorie A dans le groupe de référence) et 30 % de Maghrébins (catégorie B dans le groupe de référence). À l'issue de l'épreuve, on constate que l'échantillon de personnes embauchées comporte 90 % de non Maghrébins (catégorie A dans le groupe d'arrivée) et 10 % de Maghrébins (catégorie B dans le groupe d'arrivée). Conformément à la formule pré-exposée, l'épreuve sera-t-elle jugée suspecte, dès lors que les non Maghrébins, plus de deux fois plus nombreux à jouir des aptitudes professionnelles sollicitées, étaient neuf fois plus représentés au sein de l'entreprise? Avant de revenir ultérieurement sur le caractère significatif ou non des écarts, on répondra intuitivement par l'affirmative.

Trois brèves observations importent à ce stade. *Premièrement*, il faut bien admettre qu'en matière de discrimination sur le marché du travail, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la composition du «groupe de référence» équivaudra à la composition de la population en général ou, à tout le moins, à celle du bassin d'emploi dans lequel œuvre l'entreprise. Il pourrait en être ainsi lorsqu'il s'agit d'embaucher une main d'œuvre pour laquelle aucune qualification spécifique n'est exigée dès lors qu'une fois recrutée, elle bénéficierait d'un programme de formation interne (147). Il n'en demeure pas moins que, revenant à notre fiction, le différentiel entre la proportion de Maghrébins dans telle localité et celle qui jouit des aptitudes utiles, en comparaison avec le

(144) O. DE SCHUTTER, *art. cit.*, in *Prouver la discrimination...*, 2003, p. 27.

(145) Sur l'opération de construction des groupes, voy. également C.J.C.E., 6 décembre 2007, *Voss c. Berlin*, aff. C-3000/06, § 41; C.J.C.E., 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97, § 59; *University of Manchester v. Jones* [1993] IRLR 218 (Court of Appeal, England and Wales).

(146) Il faut relever ici qu'existent, en réalité, des débats non épuisés sur la question de savoir s'il convient de considérer comme groupe d'arrivée l'ensemble des personnes favorisées ou l'ensemble des personnes défavorisées par la norme, la mesure ou la pratique examinée. Ce choix n'est pas anodin: dans certaines situations, selon l'option choisie, on peut aboutir à un résultat statistique différent lors du calcul de la différence d'impact qu'aurait la norme, mesure ou pratique sur le groupe protégé (par exemple les femmes) et sur les personnes extérieures à ce groupe (par exemple les hommes). Voy. D. SCHIECK, «Indirect Discrimination», in D. SCHIECK, L. WADDINGTON et M. BELL, *Non-Discrimination Law*, Hart publishing, Oxford and Portland, 2007, pp. 407 et s.

(147) Voyez en ce sens la jurisprudence de la Cour suprême américaine: *Teamsters v. United States*, 431 U.S. 324 (1977); *United Steelworkers of America v. Weber*, 443 U.S. 193 (1979).

ratio valant au sein du groupe de non Maghrébins, doit éveiller le soupçon: celui de l'accès ou de l'acquisition inégalitaire des compétences en amont.

Deuxièmement, on remarquera que, dans notre exemple, le groupe de référence est constitué des personnes dotées des qualifications minimales requises, et non de celles qui avaient effectivement postulé. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser que le groupe de référence identifié doit toujours être logiquement défendable, sans que cela signifie qu'un seul groupe est envisageable dans chaque cas de figure (148). En réalité, loin d'être un banal télescopage, élargir le groupe de référence au-delà des candidats effectifs à l'emploi proposé permet d'éviter un écueil: celui qui revient à penser que les choix exprimés à travers les candidatures concrètement posées sont parfaitement fidèles aux «taux de préférences» qui circulaient parmi les travailleurs potentiels dans la localité concernée. Croire en ce «miroir», c'est faire fi des phénomènes d'autosélection, consistant pour des personnes traditionnellement discriminées, compétentes pourtant, à ne pas se présenter à tel ou tel emploi de peur de s'exposer à un rejet supplémentaire. Ainsi, par un processus de réduction de la dissonance cognitive, l'individu va indexer ses prétentions sur ce qu'il juge pouvoir raisonnablement obtenir (149). En d'autres termes, les choix posés «de candidater ou non» ne révèlent pas toujours les préférences réelles de leurs auteurs, mais bien souvent des préférences adaptatives dépendant du contexte économique et social (150). Enfin, la troisième observation s'inscrit dans la prolongation de la seconde. Il apparaît qu'en présence d'une représentation statistiquement proportionnelle des catégories protégées au sein des groupes de référence et d'arrivée, les critères d'allocation d'un bien, d'un emploi ou d'un service seront réputés non discriminatoires («théorie du reflet» selon laquelle les proportions des groupes de personnes à l'intérieur d'une entreprise ou d'un logement social, par exemple, reflète les proportions externes dans la société). On postule alors que la mesure de l'absence de diversité vaut comme étalon des discriminations, et que l'augmentation de la diversité équivaut à une réduction de pratiques discriminatoires (151). Or cette double équation n'est pas correcte. De la même façon que l'absence de diversité ne signifie pas *en soi* qu'il y ait une politique discriminatoire

(148) Voy. notamment la décision anglaise: *Allonby v. Accrington & Rossendale College*, 2001, IRLR, p. 364. (EAT).

(149) A. SEN, *Éthique et économie*, Paris, PUF, coll. «Philosophie morale», 1993, p. 235.

(150) Voy. également sur ce point: C.J.C.E., *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, Conclusions de l'Avocat général, 12 mars 2008, aff. C-54/07, § 15: «(...) Dans tout processus de recrutement, la «sélection» la plus importante se fait entre ceux qui posent leur candidature et ceux qui ne la posent pas. On ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que quelqu'un pose sa candidature à un emploi alors qu'il sait à l'avance que son origine raciale ou ethnique lui ôte toute chance d'être engagé. (...)».

(151) E. CÉDÉY, «Questions sur la mesure: que mesure-t-on? pourquoi? comment?», Intervention d'ouverture du colloque *La mesure des discriminations liées à l'origine* - ISM-Corum, 22 octobre 2007, Lyon, p. 2.

(cf. B), on ne peut catégoriquement déduire de la diversité régnant dans une entreprise l'absence de discriminations dans les pratiques d'embauche.

B. L'importance de l'écart

La comparaison entre les proportions conduira inévitablement à la mise en évidence d'écarts. On ne dispose toutefois d'aucun cadre de référence stable fixant le seuil critique des écarts au-delà duquel la discrimination doit être présumée. On admet généralement que les écarts seront constitutifs d'une présomption de discrimination à partir du moment où ils sont *significatifs*, à savoir que les données statistiques sont *fiabiles* (152) et portent sur un nombre suffisant d'individus (153), et que les écarts repérés «ne peuvent être imputés au hasard» (154) (155).

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative au contentieux de l'égalité entre les femmes et les hommes ne fournit aucun indicateur plus précis. Alors que la directive 97/80 prévoyait que serait suspecte une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui «affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe», on ne peut que demeurer perplexe face au panel des formulations utilisées par la juridiction européenne pour qualifier l'intensité exigée de l'impact défavorable. Elle conclura

(152) C.J.C.E., 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97, § 54.

(153) Ainsi, même si le groupe est correctement identifié, les statistiques qui en résultent seront jugées non significatives si seul un petit nombre d'employés est touché par la mesure suspecte. Voy. *Nelson v. Carillion Services Ltd*, 2003, IRLR, p. 248. Dans l'arrêt *Danfoss* précité, le tribunal d'arbitrage danois avait estimé que la comparaison entre les rémunérations respectives des groupes féminin et masculin portait sur un nombre trop limité de travailleurs, et que dès lors la Fédération des employés n'avait pas apporté la démonstration d'une discrimination latente. La Fédération avait alors introduit une action nouvelle, avec à l'appui des statistiques plus élaborées, produites sur une période de quatre ans. Le Tribunal d'arbitrage a ensuite posé des questions préjudicielles à la Cour de Justice des Communautés européennes quant à la répartition de la charge de la preuve (C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88). Sur l'importance de disposer de groupes comparables suffisants quantitativement, voy. également C.J.C.E., 31 mai 1995, *Royal Copenhagen*, aff. C-400/93, § 24.

(154) P. SIMON (coord. du projet *Medis*), *Étude comparative de la collecte de données...*, op. cit., 2004, p. 29. L'auteur précise que «le caractère significatif des conséquences négatives impliquées par les procédures est évalué par la construction d'indicateurs, auxquels sont appliqués des tests statistiques peu sophistiqués. Dans la plupart des cas, ces tests sont limités à une comparaison entre deux proportions, mais ils peuvent faire appel à des méthodes de contrôle de la validité statistique des écarts (ch. 2, test de FISHER, standard déviation, test de corrélation...)».

(155) C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, § 17: «Il appartient au juge national d'apprécier s'il peut prendre en compte ces données statistiques, 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».

ainsi à la présomption de discrimination indirecte lorsque la mesure en cause, défavorable aux travailleurs à temps partiel par exemple, frappe un «nombre beaucoup plus élevé» de femmes que d'hommes (156), ou «un pourcentage considérablement plus faible d'hommes que de femmes» (157). Bien qu'on ne puisse déceler une évolution jurisprudentielle claire à travers le temps, faudrait-il déduire, de cette variation dans les concepts, une escalade dans l'exigence d'intensité?

La décision *Seymour-Smith* fournit quelques explications complémentaires intéressantes (158). Cette affaire revenait à examiner la légalité d'une loi anglaise relative au licenciement (*l'Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1985*): celle-ci prévoyait que, pour avoir droit à une protection sérieuse en cas de licenciement abusif, le travailleur devait faire valoir une ancienneté minimale de deux ans. Dès lors que les femmes pouvaient moins fréquemment se targuer d'une telle ancienneté que les hommes, cette exigence serait constitutive d'une discrimination indirecte, par sa nature et par son effet, à défaut pour cette politique d'être objectivement justifiée par des facteurs étrangers à l'appartenance sexuelle. Des débats s'en sont suivis quant à l'évaluation de l'impact différent de la loi litigieuse sur les hommes et sur les femmes. Fallait-il, impérativement, que les statistiques démontrent un écart d'impact important? Ou un écart plus modeste suffisait-il dès lors qu'il serait persistant et relativement constant au cours d'une période conséquente? Les requérantes faisaient ainsi valoir qu'en présence de statistiques significatives, qui couvrent l'ensemble de la main d'œuvre et qui démontrent l'existence de phénomènes à long terme ne pouvant pas être qualifiés de fortuits, toute *différence d'incidence supérieure à une différence minime* enfreindrait l'obligation de mettre en œuvre le principe de l'égalité de traitement (159). Alors que le gouvernement du Royaume-Uni invoqua la jurisprudence de la Cour de Justice pour démontrer qu'en tout état de cause, la différence d'impact devait être «importante», la Commission proposa, pour sa part, un test de «pertinence statistique» selon lequel c'est à la juridiction nationale de veiller à ce que les statistiques ne soient pas dénaturées par des aspects spécifiques au cas d'espèce. La Cour admit le principe de validité de données statistiques révélant un écart moins important que le caractère «considéra-

(156) C.J.C.E., 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/81, § 13; C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, aff. 170/84, §§ 29-31 (l'entreprise de grande distribution Bilka-Kaufhaus comptait 72 % d'hommes et 28 % de femmes; parmi les hommes, 90 % travaillaient à temps plein et 10 % à temps partiel; alors que parmi les femmes, 61 % travaillaient à temps plein et 38,5 % à temps partiel); C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, § 14; C.J.C.E., 13 juillet 1989, *Rinner Kuhn*, aff. 171/88, §§ 11-12; C.J.C.E., 10 mars 2005, *Nikoloudi*, aff. C-196/02, § 69.

(157) C.J.C.E., 27 juin 1990, *Kowalska*, aff. C-33/89, § 16; C.J.C.E., 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97, § 60. Dans le même sens, C.J.C.E., 6 décembre 2007, *Voss c. Berlin*, aff. C-3000/06, §§ 27 et 42.

(158) C.J.C.E., 9 février 1999, *Seymour-Smith*, aff. C-167/97.

(159) *Ibid.*, § 55.

ble» généralement exigé, dès lors que ce différentiel serait durable. En l'espèce, elle estima toutefois qu'à première vue, les statistiques n'étaient pas significatives dès lors qu'il ressort de l'ordonnance de renvoi qu'en 1985 – année de l'introduction de la condition de deux années d'emploi – 77,4 % des travailleurs masculins et 68,9 % des travailleurs féminins remplissaient cette condition.

La jurisprudence anglaise offre également des éclaircissements utiles. Ainsi, une juridiction d'appel, dans la célèbre affaire *London Underground v. Edward* (n° 2), dut se prononcer en 1999 sur le caractère discriminatoire ou non d'un changement d'horaire infligé à des conducteurs de trains; cette modification impliquait notamment de débiter dorénavant très tôt la journée de travail (160). La main d'œuvre était composée de 2023 hommes et de 21 femmes. 100 % des hommes, mais seulement 95,2 % des femmes, pouvaient se conformer aux nouvelles exigences horaires. Selon l'employeur, ce différentiel ne reflétait aucun «impact disproportionné»: en outre, l'échantillon des femmes était si réduit qu'il ne pouvait être représentatif (chaque femme affectée par la mesure aurait une incidence excessive sur le pourcentage). La juridiction anglaise jugea du contraire. À l'appui de sa conviction, elle prit en compte les éléments suivants: le décalage important entre la main d'œuvre masculine et féminine (100/1) comme indicateur critique du caractère non attractif de l'emploi de conducteur pour les femmes; l'absence totale d'impact négatif de la mesure litigieuse sur la main d'œuvre masculine, représentée pourtant en nombre significatif; les «faits de connaissance générale» selon lesquels la prise en charge des enfants est généralement assumée par les femmes (dans le cadre de schémas monoparentaux), qui jouissent dès lors d'une moindre flexibilité horaire. En d'autres termes, le juge pouvait extrapoler: si les femmes étaient à l'avenir plus nombreuses dans l'entreprise, la mesure aurait sans aucun doute un impact défavorable sur un nombre significatif d'entre elles.

Enfin, il est intéressant de mentionner ici, à titre comparatif, que l'appréciation de l'impact négatif (*adverse impact*) évoqué dans la législation américaine est fondée sur plusieurs indices statistiques bien balisés. Ainsi, en ce qui concerne la sélection proprement dite, le guide édité en 1978 par l'EEOC (*Equal Employment Opportunity Commission*) et l'OFCCP (*Office of Federal Contract Compliance Programs*) pour codifier l'ensemble des procédures de recrutement (*Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures*) énonce la «règle des quatre cinquièmes»: en vertu de celle-ci, une procédure de recrutement sera considérée comme présentant un *impact négatif* si le taux de succès des membres d'un groupe protégé est inférieur à 80 % du taux obtenu par le groupe de référence. En conséquence, si la proportion de noirs recrutés après un test d'embauche est inférieure de 20 % à celle des blancs, le test sera suspecté d'être discriminatoire et sa légitimité fera, à ce titre, l'objet d'un examen approfondi auprès de l'employeur.

(160) *London Underground v. Edward* (n° 2) [1999] IRLR 364 (Court of Appeal).

Fort de ces expériences étrangères, il appartiendra au juge belge d'analyser, dans chaque cas d'espèce, la pertinence des données qui lui seront présentées.

III. Recevabilité des données statistiques en matière pénale: le respect du principe de légalité

L'invocation de statistiques au pénal ne pourra conduire à une présomption de discrimination. D'une part, parce qu'elle porterait vraisemblablement atteinte à la présomption d'innocence. Mais aussi, et surtout, parce que pareille présomption serait incompatible avec les exigences du principe de la légalité en matière pénale (*nullum crimen sine lege*) selon lequel l'individu doit pouvoir identifier «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» (161). Or, comme le relevait à juste titre O. De Schutter, il ne sera «pas toujours possible, pour des raisons pratiques, par exemple là où l'adoption de décisions individuelles est décentralisée 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» (162).

CONCLUSIONS GÉNÉRALES

Le droit anti-discrimination est un «droit pour l'action» (163): il doit rendre la mobilisation sociale possible et donner des résultats. En ce sens, l'aménagement de la charge de la preuve, par l'admission d'un système de présomptions, est un dispositif approprié et indispensable. Son absence menait en effet à un triple écueil: la privation pour les victimes de discrimination de la réparation légitime du dommage subi, l'absence de sanction des auteurs susceptible d'encourager la perpétuation systémique de pratiques inégalitaires, le risque, aussi, que des lois inapplicables décrédibilisent le système normatif tout entier. Autrement dit, en

(161) Cour eur. D.H., *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52; Cour eur. D.H., *S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 35; Cour eur. D.H., *Sireletz, Kessler et Krenz c. Allemagne et K.-H. W. c. Allemagne*, 22 mars 2001, respectivement § 50 et § 45.

(162) O. DE SCHUTTER, *art. cit.*, in *Prouver la discrimination...*, *op. cit.*, 2003, pp. 31 et 32.
(163) M.-T. LANQUETIN, «L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail – À propos de la directive 2006/54 CE du 5 juillet 2006 (directive «re-fonte»)», *Droit social*, n° 7/8, juillet-août 2007, p. 868.

cas de litige, le défaut de preuve équivaut en pratique à l'inexistence du droit (164), dès lors que celui-ci perd son potentiel tant d'indemnisation que de dissuasion.

La présomption consiste à partir de faits connus pour supputer des faits inconnus, à bâtir un raisonnement qui tire des conséquences justifiées à partir d'éléments indiscutablement établis. Parmi les faits constitutifs de cette présomption, nous avons analysé plus particulièrement le test de situation et les données statistiques. Les tests de situation ont pour objectif de repérer, sans médiation, les traitements discriminatoires directs, en tentant d'éliminer tous les «facteurs de confusion»; la méthode statistique est, quant à elle, un repérage plus indirect, dès lors qu'elle mesure des écarts significatifs dont il va falloir contrôler toutes les causes structurelles (165). Les statistiques peuvent être utilisées pour établir une discrimination tant directe qu'indirecte. Statistiques et testing pourront être invoqués au civil comme au pénal, mais ne conduiront au basculement de la charge de la preuve que dans le premier cas. Alors que des lignes directrices de plus en plus nombreuses sont édictées pour le test de situation, on regrettera ici l'absence de dynamisme équivalent quant aux données statistiques, dont on a vraisemblablement sous-estimé les difficultés qu'elles peuvent poser (166): si l'allure mathématique donne une «aura scientifique» à la preuve statistique, on n'est à l'abri, ni d'une conception simpliste, et donc erronée, de leur construction et de l'interprétation des résultats, ni d'une présentation extrêmement complexe qui permettrait leur manipulation (167).

Bien sûr, d'autres faits seront susceptibles de fonder une présomption. Et c'est heureux tant les «méthodes de révélation» précitées s'avèreront impuissantes pour prouver, entre autres, un harcèlement discriminatoire. On citera les *smoking gun statements* (par exemple, des questions non pertinentes ou vexatoires lors d'un entretien d'embauche) ou encore les réponses évasives ou équivoques d'un employeur au «questionnaire anglais» (168) qui lui est adressé sur la composition sexuelle et raciale de son entreprise (169).

(164) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, 1967, III, n° 708-A, p. 696.

(165) E. CEDIEY, «Questions sur la mesure: que mesure-t-on? pourquoi? comment?», *art. cit.*, 2007, p. 2.

(166) O. DE SCHUTTER, «La Loi belge tendant à lutter contre la discrimination», *J.T.*, 2003, p. 856.

(167) S. FIENBERG, *The evolving role of the statistical assessments as evidence in the courts*, New York, Springer Verlag, 1989.

(168) Voy. à ce sujet le site de la nouvelle «Equality and Human Rights Commission»: <http://www.equalityhumanrights.com/pages/eodccre.aspx>.

(169) Sur l'émergence d'une approche judiciaire souple permettant de présumer le caractère discriminatoire d'un traitement déterminé, voy. également: Cour eur. D.H., *Ivanova c. Bulgarie*, 12 avril 2007; Cour eur. D.H., *Baczowski et autres c. Pologne*, 3 mai 2007; Cour eur. D.H., *Stoica c. Roumanie*, 4 mars 2008.

Ces nouveaux mécanismes procéduraux s'exposent certes à la critique. Certains craignent leur usage abusif par des prétendues victimes qui introduiraient des plaintes légères escomptant tirer profit du renversement de la charge probatoire. Il faut pourtant bien admettre que le commencement de preuve à apporter par la victime n'est pas insignifiant et qu'il sera parfois extrêmement difficile à constituer (170), et qu'en outre, si le risque devait se réaliser, un repositionnement normatif s'envisagera en temps voulu. Le spectre de l'abus ne doit pas déplacer le champ de vision, rendre amnésique, et occulter le fait que c'est un constat réel auquel on a voulu remédier: celui que la victime de discrimination demeure sans preuve et sans indemnisation.

Certains ont également relevé le fait qu'ils seraient à l'avenir conduits à créer des banques de données pour établir la diversité de leur force de travail, et renverser par là même la présomption de discrimination qui pèse sur eux, alors qu'ils ne sont pas équipés pour agir de la sorte. En réalité, c'est à mieux réfléchir et justifier leurs pratiques que les acteurs sont invités. Faciliter la preuve pour la victime conduit à déplacer le curseur au bénéfice de l'exigence d'égalité, en limitant légitimement la liberté de choix des individus dans le cadre des relations de marché.

Les lois anti-discriminatoires du 10 mai 2007 ont accompli un pas exemplaire. L'avenir nous permettra de dire si le juge relèvera le défi qui lui est confié.

(170) P. HUMBLET, «La preuve de la discrimination sexuelle: mission impossible?», *Prouver la discrimination. La mise en œuvre dynamique de la législation de l'UE sur l'anti-discrimination, le rôle des organismes spécialisés*, Bruxelles, Migration Policy Group, 2003, p. 10. L'auteur rappelle, à juste titre, qu'une promotion par exemple peut être liée «à des paramètres plausibles, mais incontrôlables».