75.525/4

Avant-projet de décret du…(date) modifiant le décret du 28 février 2019 relatif au contrôle des législations et réglementations relatives à la reconversion et au recyclage professionnels ainsi qu'à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces législations et réglementations en vue d'y instaurer les tests de situation

Le Gouvernement wallon,

Sur la proposition de la Ministre de la Formation, de l'Égalité des chances, et des Droits des Femmes

Après délibération,

ARRÊTE :

La Ministre de la Formation, de l'Égalité des chances et des Droits des Femmes est chargée de présenter au Parlement le projet de décret dont la teneur suit :

Article 1er. Le présent décret règle, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 127 de celle-ci.

Art. 2. Dans l'article 2 du décret du 28 février 2019 relatif au contrôle des législations et réglementations relatives à la reconversion et au recyclage professionnels ainsi qu'à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces législations et réglementations, les modifications suivantes sont apportées au paragraphe 1er :

1° au 13°, les mots « ou une mesure alternative » sont insérés entre « une amende administrative » et « peut être infligée » ;

2° il est inséré un 16°, rédigé comme suit :

« 16° la mesure alternative : la mesure infligée au contrevenant par le fonctionnaire sanctionnateur qui, si elle est valablement exécutée, se substitue à l'amende administrative conformément aux dispositions de la Section 2/1 du Chapitre 9 ».

Art. 3. Dans le même décret, il est inséré un article 10/1, rédigé comme suit :

« Art. 10/1. § 1er. En vue de la recherche et de la constatation des violations du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et de ses arrêtés d'exécution, les inspecteurs peuvent réaliser des tests de situation de l'employeur et du bénéficiaire en se présentant comme des clients, des clients potentiels, des travailleurs ou des travailleurs potentiels, afin de vérifier si une discrimination fondée sur un ou plusieurs critères protégés visé à l'article 4, 5° dudit décret a été ou est commise.

Le test de situation réalisé par les inspecteurs, sous une identité d'emprunt et, par dérogation à l'article 6, sans devoir se justifier de leurs fonctions ou du fait que les constatations faites à cette occasion peuvent être utilisées pour l'exercice du contrôle, peut entre autres, mais pas exclusivement, consister en :

1° l'envoi par les inspecteurs, en principe en réponse à une offre d'emploi ou, sans préjudice du paragraphe 4, à la manière de candidature spontanées, de candidatures similaires qui varient uniquement selon l'un des critères protégés visés à l'article 4, 5°, du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. La présentation de ces candidatures a lieu en principe en réponse à une offre d'emploi ou, sans préjudice du paragraphe 5, à la manière de candidatures spontanées ;

2° la prise de contact avec un employeur en vue de vérifier qu'il ne répond pas à une demande discriminatoire d'un client ou d'un client potentiel.

L'enregistrement de la conversation réalisé à l'insu des autres participants à la conversation peut être utilisé à des fins probatoires pour autant qu'il ait été réalisé par les inspecteurs participant à la conversation ou assistant à la conversation réalisée par le tiers visé au paragraphe 7.

En cas de test de situation, les articles 193 à 214 du Code pénal ne sont pas applicables lorsque des éléments fictifs sont introduits dans les candidatures rédigées dans le but de permettre la réalisation d'un test.

§ 2. Les personnes suivantes qui, à l'occasion des tests de situation prévus par le présent article, commettent des faits punissables nécessaires, ne commettent pas d'infraction :

1° les inspecteurs ;

2° le magistrat du ministère public qui autorise le test de situation ;

3° le tiers visé au paragraphe 7 lorsqu'il se substitue à un inspecteur pour la réalisation du test de situation ;
4° l'expert visé au paragraphe 8 lorsqu'il participe à la confection d'une candidature.

§ 3. L'ensemble des actions réalisées lors du test de situation et ses résultats sont consignés dans un rapport.

L'inspecteur notifie par courrier recommandé une copie du rapport sur le test de situation à la victime qui a introduit une plainte si celle-ci en a fait la demande. La notification a lieu dans les quinze jours qui suivent l'adoption du rapport.

§ 4. Le test de situation répond aux conditions suivantes :

1° il ne peut avoir un caractère provoquant au sens de l'article 30 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et se borne à créer l'occasion de mettre à jour une pratique discriminante en reproduisant, sans excès, un processus d'embauche, de recrutement ou de mise à l'emploi ou toute autre situation de travail dans laquelle une telle pratique est susceptible de se produire ;

2° il est réalisé uniquement dans les cas suivants :

a) sur base de la présence d'indications objectives de discrimination, ou à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement ;

b) sur la base d'une suspicion raisonnable de pratiques discriminatoires mises en lumière au niveau d'un secteur d'activité, notamment, par les résultats d'études statistiques ;

c) sur la base d'une suspicion raisonnable de pratiques discriminatoires mise en lumière, notamment, à la suite des résultats de la comparaison des données sociales d'entreprises au sein d'un secteur d'activité avec celles de l'économie wallonne.

Les tests de situation visés sous b), c) sont réalisés uniquement avec l'accord exprès et préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi.

§ 5. Le test de situation réalisé conformément à la présente disposition, s'il est positif, est constitutif d'un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte susceptible de sanction en application du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination.

§ 6. Si le test de situation est positif, les inspecteurs procèdent à l'audition de la personne en infraction conformément aux articles 33 et 34.

§ 7. L'inspecteur peut, pour la seule et unique réalisation d'un test de situation, faire appel momentanément à un tiers qui n'est pas inspecteur dans la mesure où la réalisation de ce test nécessite l'intervention d'une personne qui présente une caractéristique particulière en lien avec l'un des motifs de discrimination mentionnés à l'article 4, 7° et 8° du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Ce tiers agit pour le compte de l'inspecteur et sous la pleine et entière responsabilité de ce dernier.

L'auditeur du travail ou le procureur du Roi donne son accord exprès et préalable à l'appui par un tiers.

Le Gouvernement détermine les modalités de désignation des tiers ainsi que les conditions dans lesquelles ceux-ci peuvent être rémunérés.

§ 8. L'inspecteur peut, pour la rédaction d'un acte de candidature devant être utilisé dans le cadre d'un test de situation, se faire assister par un expert, qui n'est pas inspecteur, dans la mesure où l'offre d'emploi à laquelle il est envisagé de répondre ou la candidature spontanée qu'il est envisagé d'envoyer correspond à un profil particulier.

Le Gouvernement détermine les modalités de désignation des experts ainsi que les conditions dans lesquelles ceux-ci peuvent être rémunérés. ».

Art. 4. Dans le même décret, l'intitulé du chapitre IX est remplacé par ce qui suit :

« Amendes administratives et mesures alternatives ».

Art. 5. Dans l'article 50, du même décret, les modifications suivantes sont apportées :

1° au paragraphe 1er, les mots « ou d'une mesure alternative » sont insérés après les mots « font l'objet d'une amende administrative » ;

2° au paragraphe 2, les mots « sont poursuivies par voie d'amende administrative » sont remplacés par les mots « sont soit poursuivies par voie d'amende administrative, soit font l'objet d'une mesure alternative » ;

3° au paragraphe 3, les mots « et prend les décisions relatives aux mesures alternatives » sont insérés entre les mots « inflige les amendes administratives » et « dans des conditions garantissant son indépendance ».

Art. 6. Dans l'article 51, du même décret, les mots « ou d'une mesure alternative » sont insérés entre les mots « d'une amende administrative » et les mots « est exclue ».

Art. 7. Dans l'article 52, alinéa 2, du même décret, les mots « la procédure d'amende administrative » sont remplacés par les mots « des poursuites administratives ».

Art. 8. Dans l'article 56, alinéa 1er, du même décret, les mots « ou de la mesure alternative » sont insérés entre les mots « l'application de l'amende administrative » et les mots « et lui communique à sa demande ».

Art. 9. Dans l'intitulé de la sous-section 3, section 1 du chapitre IX, du même décret, les mots « ou une mesure alternative » sont insérés après les mots « une amende administrative ».

Art. 10. Dans l'article 58, du même décret, les mots « ou la mesure alternative » sont insérés entre les mots « L'amende administrative » et les mots « peut être infligée ».

Art. 11. Dans l'article 59, alinéa 1er, du même décret, les mots « ou la mesure alternative » sont insérés entre les mots « L'amende administrative » et les mots « ne peut plus être infligée ».

Art. 12. Dans l'article 60, du même décret, les mots « ou la mesure alternative » sont insérés entre les mots « L'amende administrative » et les mots « ne peut pas être infligée ».

Art. 13. Dans l'article 61, alinéa 1er, du même décret, les mots « une simple déclaration de culpabilité ou infliger une amende administrative » sont remplacés par les mots « une simple déclaration de culpabilité, infliger une mesure alternative ou une amende administrative ».

Art. 14. Dans l'article 62, alinéa 1er, du même décret, les mots « ou la mesure alternative » sont insérés entre les mots « soit d'infliger l'amende administrative » et le mot « envisagée ».

Art. 15. Dans l'article 63, du même décret, les modifications suivantes sont apportées :

1° à l'alinéa premier, les mots « ou la mesure alternative » sont insérés entre les mots « l'amende administrative » et les mots « est motivée » ;

2° l'alinéa 2 est remplacé par ce qui suit :

« Elle constitue une injonction soit de payer l'amende administrative, soit de réaliser la mesure alternative ou, à défaut d'exécution valable de cette mesure, de payer l'amende administrative, et contient, entre autres, les considérations de droit et de fait pour, d'une part, répondre aux moyens de défense présentés et, d'autre part, motiver le montant de l'amende administrative ainsi que, le cas échéant, les modalités d'exécution de la mesure alternative » ;

3° à l'alinéa 3, il est inséré un 4°/1 rédigé comme suit :

« 4°/1 le cas échéant, les modalités d'exécution de la mesure alternative ; ».

Art. 16. Dans l'article 64, alinéa 1er, du même décret, les mots « à acquitter l'amende dans le délai visé à l'article 68 » sont remplacés par les mots « soit à acquitter l'amende dans le délai visé à l'article 68, soit à réaliser la mesure alternative ou, à défaut d'exécution valable de cette mesure, à acquitter l'amende administrative ».

Art. 17. À l'article 66, du même décret, les mots « ou une mesure alternative » sont insérés après les mots « une amende administrative ».

Art. 18. Dans l'article 68, alinéa 1er, du même décret, les mots « ou à compter du jour de la notification de l'invitation à acquitter l'amende administrative en cas d'exécution non valable de la mesure alternative » sont insérés après les mots « la décision judiciaire est coulée en force de chose jugée ».

Art. 19. Dans l'intitulé de la section 2 du chapitre IX, du même décret, les mots « et aux mesures alternatives » sont insérés après les mots « aux amendes administratives ».

Art. 20. Dans l'article 80, alinéa 1er, du même décret, les mots « ou une mesure alternative, » sont insérés entre les mots « infligeant une amende administrative » et les mots « ou une condamnation ».

Art. 21. Dans l'intitulé de la sous-section 5, section 2, du chapitre IX, du même décret, les mots « ou de la mesure alternative » sont insérés après les mots « de l'amende administrative ».

Art. 22. Dans l'article 83, du même décret, les modifications suivantes sont apportées :

1° les mots « ou de la mesure alternative » sont insérés entre les mots « l'amende administrative » et les mots « il ne peut être tenu compte d'une décision » ;

2° les mots « ou une mesure alternative » sont insérés ente les mots « infligeant une amende administrative » et les mots « ou déclarant une culpabilité ».

Art. 23. Dans Chapitre IX du même décret, une section 2/1 intitulée « Mesures alternatives » est insérée.**Art. 24.** Dans le chapitre IX, section 2/1 insérée par l'article 23, il est inséré une sous-section 1 intitulée « Dispositions générales ».

Art. 25. Dans le chapitre IX, section 2/1, sous-section 1, insérée par l'article 24, il est inséré un article 85/1 rédigé comme suit :

« Art. 85/1. § 1er. Dans les cas où il l'estime opportun et lorsqu'une législation ou réglementation le prévoit expressément, le fonctionnaire sanctionnateur peut infliger une mesure alternative au contrevenant majeur, moyennant son accord ou à la demande de ce dernier.

Lorsque la proposition émane du fonctionnaire sanctionnateur, le contrevenant est tenu de répondre dans les 30 jours à dater de l'envoi du courrier proposant la mesure alternative.

En cas d'accord sur la proposition, le fonctionnaire sanctionnateur notifie sa décision dans laquelle il détermine les modalités et conditions d'exécution de la mesure et prévoit une amende administrative à titre subsidiaire.

En cas de refus, le fonctionnaire sanctionnateur conserve la possibilité d'infliger uniquement une amende administrative.

§ 2. A l'issue du délai prévu dans la décision, l'exécution de la mesure alternative est contrôlé et le fonctionnaire sanctionnateur informe le contrevenant :

1° soit qu'il valide la bonne exécution de la mesure alternative et qu'aucune amende administrative n'est due ;

2° soit qu'il en invalide la bonne exécution et l'enjoint à acquitter l'amende administrative prévue dans la décision visée à l'article 63. ».

Art. 26. Dans le chapitre IX, section 2/1, insérée par l'article 23, il est inséré une sous-section 2 intitulée « Prestation citoyenne ».

Art. 27. Dans le chapitre IX, section 2/1, sous-section 2, il est inséré un article 85/2 rédigé comme suit :

« Art. 85/2. § 1er. La prestation citoyenne consiste, le cas échéant conjointement, en :

1° une formation ;

2° une prestation à titre gratuit encadrée par une entité désignée par le Gouvernement.

Elle est exécutée dans un délai d'un an à partir de la date de la notification de la décision du fonctionnaire sanctionnateur.

§2. Un organisme d'encadrement supervise l'exécution de la mesure.

Lorsque l'organisme d'encadrement constate que la prestation citoyenne a été valablement exécutée par le contrevenant dans les délais impartis, il en informe le fonctionnaire sanctionnateur par courrier électronique.

Lorsque l'organisme d'encadrement constate que la prestation citoyenne n'a pas été valablement exécutée dans les délais impartis, il en fait rapport au fonctionnaire sanctionnateur au plus tard dans les trente jours de l'échéance du délai prévu à l'article 85/2, § 1er, alinéa 2.
».

Namur, le...(date).

Pour le Gouvernement :

Le Ministre-Président,

Elio DI RUPO

La Ministre de la Formation, de l'Égalité des Chances et des Droits des Femmes,

Christie MORREALE

EXPOSÉ DES MOTIFS

La discrimination demeure une réalité persistante au sein de notre société, malgré les avancées législatives et les efforts déployés pour promouvoir l'égalité des chances. Les femmes, les personnes issues de minorités ethniques, les personnes en situation de handicap, et bien d'autres groupes continuent de faire face à des obstacles lorsqu'ils cherchent un emploi ou aspirent à progresser dans leur carrière. Cette situation injuste et préjudiciable nuit non seulement à la dignité des personnes concernées, mais elle compromet également notre objectif de construire une société inclusive et équitable.

L'avant-projet de décret consiste à mettre en place des tests de situation dans les politiques de l'emploi et de la formation, conformément à l'engagement pris par le Gouvernement dans sa déclaration de politique régionale qui prévoit : « *Pour lutter plus efficacement contre la discrimination à l'embauche, le Gouvernement introduira un cadre légal organisant les mécanismes du test de situation. Ces mécanismes permettront de vérifier les cas rapports de discrimination en se faisant passer pour des candidats postulant à l'emploi auprès de l'employeur soupçonné ou pour un client discriminant (intérim, titres-services)* ».

La méthode des tests de situation consiste à mettre à l'épreuve les comportements de personnes ou d'organismes dans des conditions réelles afin de détecter des pratiques discriminatoires.

Il peut s'agir de tester le comportement discriminatoire de la personne testée. La pratique consiste à envoyer plusieurs candidatures en réponse à une offre d'emploi. Les candidats ont un profil tout à fait équivalent du point de vue des éléments légitimes à prendre en compte dans le cadre du recrutement mais différent du point de vue du critère de discrimination. Si les candidatures de personnes à risque de discrimination sont traitées de manière moins favorable, un comportement discriminatoire a potentiellement été détecté[1].

Une autre méthode consiste à tester la réaction face à la manifestation d'une préférence discriminatoire de la part d'un client. Il s'agit de se faire passer pour un potentiel client et de soumettre une demande à caractère discriminatoire : par exemple, demander de se voir fournir un travailleur titres-services qui ne soit pas d'origine étrangère. Si l'entreprise accède à cette requête, elle montre qu'elle est disposée à discriminer[2].

Les tests de situation furent développés au Royaume-Uni et aux États-Unis. D'abord, à partir des années 1960 à des fins de recherche scientifique puis, à partir des années 1970, comme moyen de contrôle des législations anti-discrimination. Les tests de situation sont utilisés comme mode de preuve dans plusieurs pays européens : les Pays-Bas, la France, le Danemark, la Finlande, la Suède, etc. Dans notre pays, ils sont utilisés par l'inspection sociale de l'autorité fédérale depuis 2018 et de la Région bruxelloise depuis 2017[3].

---

[1] Jean-François NEVEN, Julie RINGELHEIM et Véronique VAN DER PLANCKE, « Les tests de situation et la méthode du client mystère comme outils de détection et de preuve des discriminations » in J. RINGELHEIM, S. VAN DROOGHENBROECK, J. VRIELINK et P. WAUTELET, *Redynamiser la lutte contre la discrimination*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 105-143.

[2] *Idem.*

[3] *Idem.*

L'introduction de ces tests de situation sert plusieurs objectifs cruciaux. Tout d'abord, ils permettront de mettre en évidence les pratiques discriminatoires au sein des entreprises, ce qui facilitera divers actions légales et administratives, notamment aider les victimes à prouver une discrimination et sensibiliser ou sanctionner les entreprises concernées. Les tests pourront jouer un rôle dissuasif en incitant les employeurs à réexaminer leurs pratiques d'embauche et à promouvoir une culture d'égalité des chances. Lorsque les entreprises savent qu'elles peuvent être soumises à des vérifications rigoureuses, elles seront davantage incitées à adopter des politiques et des procédures plus équitables, favorisant ainsi une réelle diversité et inclusion sur le marché du travail.

Enfin, en exposant les discriminations les tests de situation renforceront également la prise de conscience au sein de la société et contribueront à la lutte contre les stéréotypes et les préjugés qui nourrissent ces pratiques inéquitables.

*

* *

COMPÉTENCE RÉGIONALE – CHAMP D'APPLICATION

Il n'existe pas, en tant que tel, de compétence de lutte contre les discriminations.

Tant la section de législation du Conseil d'État que la Cour constitutionnelle[4] estiment qu'il appartient à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, de concrétiser les droits fondamentaux dans les matières qui lui sont attribuées. Il en va notamment ainsi de la mise en œuvre d'une politique de lutte contre les discriminations ; cette lutte constitue un élément essentiel des droits humains[5]. Il en résulte également, à l'inverse, que chaque autorité est uniquement compétente pour mener une politique de lutte contre la discrimination dans les matières relevant de sa compétence.

La Région wallonne est dès lors exclusivement compétente pour adopter des règles en matière de lutte contre la discrimination dans les matières relevant de la politique régionale, telle que l'emploi[6] ainsi que dans les matières relevant de la politique communautaire dont l'exercice lui a été confié par la Communauté française, telle que la formation professionnelle[7]. Elle est également compétente pour fixer le statut du personnel des organismes publics dépendant de la Région[8] et du personnel des services du Gouvernement wallon[9].

De son côté, l'autorité fédérale dispose d'une compétence réservée en matière de droit du travail[10].

---

[4] C.C., 3 octobre 1996, n° 54/96.
[5] C.E., 40.689/AG-40.691/ AG du 11 juillet 2006 ; C.E., 48.892/AG du 7 décembre 2010 ; C.E., 61.267/AG du 27 juin 2017.
[6] Article 6, LSRI.
[7] Article 5, LSRI.
[8] Article 9, LSRI.
[9] Article 87, LSRI.
[10] Article 6, § 1er, dernier alinéa, 12°, LSRI.

Le Conseil d'État a toutefois admis que sur la base des compétences implicites, il peut être empiété sur les compétences fédérales lors de la mise en œuvre d'une législation régionale de lutte contre les discriminations[11]. Ainsi, lorsqu'une Région exerce une compétence de contrôle en matière d'embauche, de conclusion de travail ou de discrimination dans le cadre d'un contrat de travail, elle empiète sur la compétence réservée de l'autorité fédérale. Le Conseil d'État admet que soient invoquées à cet égard les compétences implicites – c'est-à-dire la possibilité pour un Parlement d'adopter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquels il n'est pas compétent, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de sa compétence[12].

Ainsi, le Conseil d'État a admis, à propos des tests de discrimination bruxellois, que la condition de nécessité est remplie pour autant du moins que « *le test de discrimination soit uniquement réalisé dans le cadre des compétences régionales en matière d'emploi* » et, plus précisément : « *Il faudra toutefois veiller à ce que le test de discrimination soit uniquement réalisé dans le cadre des compétences régionales en matière d'emploi. Il faut dès lors interpréter au sens strict la condition inscrite à l'article 4/3, § 1er, en projet, de l'ordonnance, selon laquelle les inspecteurs de l'emploi peuvent réaliser des tests de discrimination ''dans l'exercice de leur missions''* »[13].

Cette précision empêche de viser l'ensemble des employeurs. Seuls ceux qui peuvent être rattachés aux compétences régionales pourront faire l'objet d'un de situation wallon. Il s'agit des employeurs visés par le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination, à savoir les employeurs agréés ou subsidiés par la Région wallonne, les employeurs de la fonction publique régionale et locale, y compris des personnes morales de droit public qu'elles instituent.

Les autres employeurs restent concernés par les tests de discrimination mis en place par l'autorité fédérale.

Les pratiques discriminatoires concernées par le présent projet sont celles visées par le décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Il faut donc entendre par « discrimination » toute distinction directe ou indirecte fondée sur un ou plusieurs critères protégés qui ne peut pas être justifiée sur base dudit décret. Les critères protégés sont actuellement : la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique, l'âge, le sexe, la grossesse, l'accouchement, la maternité, l'allaitement, le changement de sexe, l'identité de genre et l'expression de genre, l'orientation sexuelle, l'état civil, la composition de ménage, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé, un handicap, une caractéristique physique ou génétique ou l'origine et la condition sociale.

[11] C.E., 61.257/1 du 21 juin 2017.
[12] Article 10, LSRI.
[13] C.E., 61.527/1 du 21 juin 2017.

Le projet s'inscrit au travers de deux textes :

- l'avant-projet de décret modifiant diverses dispositions relatives à la politique de l'emploi en vue d'y instaurer les tests de situation, qui vise l'embauche au sens strict ;
- l'avant-projet de décret modifiant le décret du 28 février 2019 relatif au contrôle des législations et réglementations relatives à la reconversion et au recyclage professionnels ainsi qu'à l'instauration d'amendes administratives applicables en cas d'infraction à ces législations et réglementations en vue d'y instaurer les tests de situation, qui permettra d'étendre les tests à l'accès aux stages, à la formation en alternance ou alternée, etc.

Le premier décret concerne des matières purement régionales, il s'applique en principe sur l'ensemble du territoire wallon et doit être voté par l'ensemble des députés wallons. Le second concerne des matières communautaires dont l'exercice a été transféré par la Communauté française vers la Région wallonne. Il s'applique sur le territoire de la région de langue française et les députés qui ont exclusivement ou en premier lieu prêté serment en allemand ne participent pas au vote[14].

Une exception est toutefois faite pour les modifications du décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. En effet, le législateur de l'époque avait estimé qu'il convenait de se référer de façon indissociable aux matières régionales d'emploi et de politique économique et communautaire de formation professionnelle. Ce choix originel, bien que critiquable du point de vue des règles institutionnelles, nous contraint aujourd'hui à adopter la même méthode pour adopter les dispositions modificatives[15].

*

* *

ENCADREMENT DES TESTS DE SITUATION

Les tests de situation doivent être encadrés par une procédure équilibrée qui concilie efficacité avec la protection des droits à la défense des employeurs. L'objectif est de garantir une approche juste et équitable tout en évitant les abus potentiels et en préservant les droits fondamentaux de toutes les parties concernées.

La procédure comprend plusieurs caractéristiques essentielles qui contribuent à cet équilibre.

---

[14] Article 50, alinéa 2, LSRI.

[15] À ce sujet, le Conseil d'État, dans son avis n°43.574/2, donné le 1er octobre 2007, indiquait que : « *Dans son avis 36.797/2, donné le 25 mars 2004, la section de législation du Conseil d'État a rappelé qu'il n'était en principe pas admissible de régler dans le même décret une matière attribuée à la Région wallonne par la loi spéciale précitée du 8 août 1980 et une matière communautaire transférée, en vertu de l'article 138 de la Constitution, à la Région wallonne, en ce qui concerne la région de langue française, par les décrets II de transfert de compétence des 19 et 22 juillet 1993. Ainsi qu'il résulte de l'article 1er du décret précité du 27 mai 2004, où il est énoncé que ce décret ''règle en partie, en application de l'article 138 de la Constitution, une matière visée à l'article 127, § 1er, de celle-ci'', cette observation n'a pas été suivie. L'avant-projet à l'examen se présentant comme modificatif, il est compréhensible, sur le seul plan légistique, qu'il adopte la même méthode, même si les objections de principe demeurent* ».

Tout d'abord, les conditions d'utilisation des tests de situation se doivent d'être simples. L'inspection pourra réaliser les tests d'initiative sur base de la présence d'indications objectives de discrimination, en réaction à une plainte ou à un signalement, sans devoir recueillir préalablement l'accord exprès et préalable d'un magistrat. En effet, la plainte ou le signalement constitue, en soi, un élément permettant de conclure à l'existence d'indices sérieux.

S'il n'y a pas de plainte ou de signalement préalable, l'inspection pourra réaliser des tests sur base d'une suspicion raisonnable. Ces tests seront réalisés à la seule initiative de l'inspection et seront donc davantage encadrés. Dans ce cas, il sera nécessaire de demander l'autorisation préalable de l'auditorat du travail ou du procureur du Roi. Cette condition protège l'employeur contre le risque d'arbitraire mais également l'inspecteur dans la réalisation de ses missions.

Une suspicion raisonnable peut résulter d'une exploration de données, qui consiste en la comparaison de données administratives d'un employeur en comparaison avec celles de son secteur ou de l'économie wallonne en général. Ces résultats ne démontrent pas en tant que tel une discrimination mais peuvent créer une suspicion. Pour que celle-ci permettre l'ouverture d'une enquête et, le cas échéant, la réalisation d'un test de situation, le résultat de cette comparaison doit montrer des différences significatives et importantes chez un employeur ou au sein d'un secteur d'activité.

Les notions de comparaison de données et exploration de données doivent être prises dans un sens large et recouvrent aussi la création d'algorithmes dont l'objectif est de chercher de manière systématique, dans les bases de données administratives, des situations pouvant correspondre à des pratiques potentiellement discriminatoires, la comparaison de la composition du personnel d'un employeur avec la composition moyenne des salariés du secteur ou l'économie wallonne en général, ainsi que d'autres formes d'échange de données entre les services d'inspection sociaux, le Forem et les organismes publics compétents en matière d'égalité de traitement.

Certaines mesures d'encadrement habituelles du contrôle sont incompatibles avec la réalisation de tests de situation, il est donc indispensable d'y déroger. L'inspecteur pourra utiliser un nom d'emprunt dans le cadre du test et ne devra évidemment pas justifier de sa fonction.

De plus, la procédure prévoit la possibilité pour l'inspecteur de se faire remplacer par un acteur qui présente les caractéristiques susceptibles d'entraîner une discrimination. Cela permettra d'appréhender l'ensemble des critères protégés en vue de mener ces actions aussi efficacement que possible.

Par ailleurs, il est important de reconnaître que la postulation à un emploi peut être complexe et nécessite une expertise spécifique. Dans cette optique, l'inspection pourra également se faire accompagner d'experts pour façonner des candidatures crédibles, en tenant compte des

caractéristiques de chaque secteur d'activité concernée, et en évitant autant que faire se peut tout biais inconscient.

Il est également essentiel que l'inspecteur puisse enregistrer les conversations réalisées dans le cadre du test à l'insu de l'employeur. Cette mesure vise à garantir une évaluation précise et objective des interactions et des propos échangés, en reconnaissant que la mémoire humaine peut être sujette à des distorsions et des omissions involontaires. L'enregistrement audio permet de capturer chaque mot, chaque intonation, et de conserver une preuve concrète des échanges. Ces éléments peuvent s'avérer cruciaux pour évaluer avec précision la présence de pratiques discriminatoires, en tenant compte des nuances subtiles qui peuvent se manifester dans une conversation. Ainsi, ces enregistrements renforceront la fiabilité et l'objectivité de l'évaluation, en évitant les malentendus ou les interprétations subjectives.

À l'issue du test, l'employeur sera informé des conclusions et des éléments pertinents qui en découlent. Il lui sera offert l'opportunité de fournir des explications sur son comportement ou ses décisions pendant le test. Il pourra ainsi apporter des clarifications, présenter des éléments de contexte ou exposer toute autre considération qui pourrait aider à une meilleure compréhension des circonstances du test. Cela permettra à l'employeur d'exprimer son point de vue et de participer activement au processus d'évaluation. L'objectif est d'encourager un dialogue constructif et de favoriser une approche équilibrée. Il est important de souligner que le droit à la défense de l'employeur doit être respecté tout au long du processus. Les explications et les points de vue présentés par l'employeur seront examinés de manière impartiale et équitable, dans le cadre de la procédure établie.

Dans le cas où le test de situation a été réalisé suite à une plainte émanant d'une victime, celle-ci peut demander à l'inspection de recevoir une copie du rapport. Le rapport peut ainsi être utilisé par la victime dans le cadre d'une éventuelle procédure qu'elle a entamé à l'encontre de l'employeur.

*

* *

SANCTIONS

Le projet prévoit que l'employeur qui échoue à un test de situation est présumé avoir pratiqué une discrimination.

Cette présomption vaut aussi bien dans le cadre d'une procédure visant à infliger une procédure administrative que pour d'autres mesures administratives. Elle peut être utilisée par une victime de situation dans le cadre d'une procédure civile à l'encontre de l'employeur.

Le décret du 28 février 2019 a déjà instauré un régime d'amende administrative applicable à l'employeur qui commet une discrimination. Le montant est situé entre 300 et 3.000 euros (montants à multiplier par huit dans le cadre du régime des décimes additionnels) et doit être multiplié par le nombre de personnes victimes de l'infraction.

À côté de cette mesure à caractère répressif, une mesure alternative est désormais instaurée consistant en le suivi d'une formation à la lutte contre les discriminations organisée par Unia ou l'Institut pour l'Égalité entre les Femmes et les Hommes. Cette mesure – qui peut être prononcé à la demande de l'employeur ou moyennant son accord – lui permet de se confronter aux impacts de ses actes et de prendre de la nécessité de promouvoir l'égalité des chances, les préjugés inconscients, et les impacts négatifs qu'ils peuvent avoir sur les individus et la société dans son ensemble. Elle offre également des perspectives sur les meilleurs pratiques en matière d'égalité des chances, aidant ainsi l'employeur à développer une culture organisationnelle inclusive. Ainsi, elle offre une réponse proportionnée et adaptée en adressant le problème à sa source et en favorisant une amélioration des pratiques de l'employeur.

La présomption instaurée s'applique également dans le cadre de procédures administratives, par exemple lorsque l'agrément d'un employeur est subordonné au respect de la législation anti-discrimination.

Comme dans toutes procédures de sanction, la ou les autorités apprécient la sanction adéquate conformément aux règles déjà existantes.

*

* *

PROTECTION DE L'INSPECTION

Les inspecteurs et inspectrices du SPW EER qui réalisent des tests de discrimination dans l'intérêt public commettent des faits qui en d'autres circonstances seraient qualifié d'infractions passibles de sanctions pénales, tel que le port public de faux nom ou le faux en écriture. Une cause légale de justification sera instituée permettant d'éviter toute poursuite, intimidation juridique ou de représailles pour les actes posés dans le cadre de la réalisation des tests de discrimination et contribue à ce que l'inspection puisse mener sereinement sa mission.

Cette clause absolutoire aux autres personnes susceptibles d'intervenir dans la procédure, à savoir le magistrat, l'acteur et l'expert.

COMMENTAIRES DES ARTICLES

Article 1er

Cet article précise que le décret concerne une matière dont l'exercice a été confié par la Communauté française à la Région wallonne.

Il en découle que le décret n'est applicable que sur le territoire de la région de langue française.

Article 2

Cet article adapte les définitions applicables au décret inspection – matières communautaires afin de permettre des mesures alternatives à l'amende administrative.

Il s'agit de modifier la définition de « contrevenant » pour inclure la possibilité d'une mesure alternative, en plus de la mesure d'amende administrative déjà prévue.

Une définition de la notion de « mesure alternative » est également insérée.

Article 3

Le paragraphe 1er détaille le champ d'application dans lequel les tests discriminations peuvent être réalisés. L'employeur et le bénéficiaire sont définis à l'article 2, § 1er, alinéa 1er, 4° et 5°, du décret.

La notion d'employeur vise l'ensemble des employeurs soumis au décret du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination. Il s'agit notamment des employeurs agréés ou subsidiés par la Région wallonne, les employeurs qui recourent aux services de placement réglementés par la Région wallonne, les employeurs de la fonction publique telle que les services du Gouvernement wallon; les personnes morales de droit public qui dépendent de la Région; les provinces, les communes, les agglomérations et les fédérations de communes, les associations de provinces, les associations de communes, les régies provinciales autonomes et les régies communales autonomes; les Centres publics d'Action sociale et les associations créées par les Centres publics d'Action sociale.

Les autres employeurs restent concernés par les tests de discrimination mis en place par l'autorité fédérale.

Le paragraphe 2 explique ce en quoi consiste le test de situation.

Cette disposition permet à l'inspection d'enregistrer les conversations dans le cadre des appels mystères. En effet, si, sur la base du Code pénal, l'utilisation à des fins probatoires d'un enregistrement réalisé par une personne (y compris un fonctionnaire public) participant à la conversation ne constitue pas une infraction, il est proposé, pour lever tout doute à cet égard, de le préciser expressément. De même, il est souhaitable de sécuriser l'utilisation de l'enregistrement de la conversation à laquelle participerait non pas l'inspecteur lui-même, mais un tiers qui, selon ce qui est prévu au paragraphe 8 en projet, pourrait être amené à le substituer.

Le paragraphe 3 prévoit une cause légale de justification pour les différents acteurs à l'origine du test de discrimination, sous certaines conditions. Il garantit ainsi la sécurité juridique des intervenants (inspecteurs, tiers ou experts). La cause de justification accordée pour tout comportement lié à la réalisation des tests fait disparaître l'infraction éventuelle (contrairement à la cause d'excuse absolutoire qui a pour seul effet de dispenser de peine). Il met à l'abri des poursuites du chef de faux en écriture (articles 193 à 214 du Code pénal), les inspecteurs qui font usage d'un acte de candidature dans lequel des éléments de fiction sont introduits en vue d'assurer la crédibilité du test, ainsi que les

experts qui, selon le paragraphe 9 en projet, sont susceptibles de les assister dans la préparation du test de correspondance.

Le paragraphe 4 prévoir qu'un rapport doit consigner les actions réalisées et les résultats du test de discrimination. Il permet que dans le cas où le test de discrimination a été réalisé suite à une plainte émanant d'une victime, celle-ci peut demander à l'inspection de recevoir une copie du rapport. Le rapport peut ainsi être utilisé par la victime dans le cadre d'une éventuelle procédure qu'elle a entamé à l'encontre de l'employeur.

Le paragraphe 5 définit les conditions à respecter.

Le 1° précise qu'il ne faut pas provoquer l'infraction.

Le 2° définit les cas pour lesquels un test discrimination peut être réalisé.

Selon la première voie, l'inspection peut procéder à un test de situation sur base d'une plainte, qui émane de la victime, ou d'un signalement qui émane d'un tiers. L'inspecteur dispose d'un pouvoir d'appréciation, il procède au test s'il juge la plainte ou le signalement plausible. Comme pour tout devoir d'enquête, l'inspecteur doit agir dans le respect du principe de proportionnalité. Dans cette hypothèse, la plainte ou le signalement peuvent être considérés comme constituent en eux-mêmes des indices suffisants de discrimination. Dans le cadre de cette première vois, l'autorisation préalable de du procureur du Roi ou de l'auditorat du travail n'est pas requise.

La seconde voie consiste à permettre à l'inspecteur de réaliser des tests de situation auprès d'un employeur en présence d'indications objectives de discrimination. Ceux-ci peuvent découler d'enquêtes normales réalisés par l'inspection ou de la comparaison de données statistiques au sein d'un employeur en comparaison avec son secteur d'activité. Pour que les résultats d'une comparaison de données puissent être considérés comme des suspicions raisonnables, la différence entre les données d'un employeur et son secteur d'activités doit être significative.

La dernière voie consiste à permettre la réalisation de tests sur la base d'indices sérieux mis en lumière par une analyse approfondie des données sociales d'un secteur. Pour autant qu'ils donnent une image claire des secteurs et activités dans lesquels des pratiques discriminatoires sont assez courantes, ces résultats doivent permettre à l'inspection de prendre l'initiative de réaliser des tests. À l'image de ce que prévoit le Code d'instruction criminelle, l'autorisation préalable d'un magistrat du ministère public paraît nécessaire pour la réalisation de ces tests proactifs. Cette autorisation est de nature à éviter que des employeurs soient mis en cause en l'absence de toute suspicion raisonnable qu'au sein d'un secteur, des pratiques discriminatoires ont cours. Cette autorisation est également de nature à rassurer les inspecteurs et à les aider à apprécier l'existence d'une suspicion raisonnable de pratiques discriminatoires. À la différence du test réalisé sur la base d'une plainte qui nécessite générale une réaction de l'inspection dans un bref délai, les tests réalisés sur la base de comparaison de données ne s'inscrivent pas dans une temporalité déterminée. L'exigence d'une autorisation préalable n'est donc pas de nature à nuire à l'efficacité des tests à réaliser.

Le paragraphe 6 précise que le test de situation positif est constitutif d'un fait permettant de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte susceptible de sanction.

Le paragraphe 7 précise que les inspecteurs procèdent à des auditions si le test de situation est positif.

Le paragraphe 8 permet à l'inspecteur de faire appel à un tier pour réaliser le test de situation. La réalisation d'un appel mystère peut nécessite l'intervention d'une personne présentant un profil particulier (genre, âge, accent spécifique supposé révéler une origine déterminée, etc.). Il est donc

utile de permettre à l'inspection de faire appel à un tiers pour la réalisation du test. Ce tiers peut, le cas échéant, être un acteur professionnel, une personne issue du milieu associatif, etc. Ceux-ci sont tenu au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal.

Le paragraphe 9 permet la réalisation du test discrimination avec l'aide d'un expert pour la rédaction d'un acte de candidature, sous certaines conditions. En effet, la rédaction d'une candidature et d'un curriculum vitae crédibles peut parfois nécessiter de bien connaître le secteur d'activité concernée et les spécificités qui s'y retrouvent (le type de formation, les expériences valorisables, etc.). L'expert est tenu au secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal.

Article 4

Cet article modifie le décret inspection – matières communautaires

Il modifie l'intitulé du chapitre consacré aux amendes administratives afin de désormais prévoir la possibilité d'infliger des mesures alternatives.

Articles 5 à 22

Ces articles modifient le décret inspection – matières communautaires, afin de mentionner la possibilité de mesures alternatives en sus des amendes administratives.

Articles 23 et 24

Ces articles insèrent dans le décret inspection – matières communautaires, une nouvelle section spécifiquement consacrée aux mesures alternatives et une sous-section intitulée « Dispositions générales ».

Article 25

Cet article crée le cadre juridique permettant au fonctionnaire sanctionnateur d'infliger une mesure alternative à l'amende administrative.

Lorsque cela est opportun, le fonctionnaire sanctionnateur aura désormais la possibilité de proposer au contrevenant, lorsqu'il a atteint l'âge de la majorité, une mesure alternative en lieu et place de l'amende administrative. Cette possibilité nécessite que le contrevenant soit d'accord pour accomplir cette prestation ; il peut d'ailleurs la solliciter.

Cette prestation remplace l'amende administrative qui aurait pu être prononcée.

L'accord du contrevenant étant une condition *sine qua non*, il va de soi que, en cas de refus, le fonctionnaire sanctionnateur conserve l'ensemble des moyens de sanctions administratives dont il dispose habituellement.

La décision accordant une mesure alternative contient un délai d'exécution. À l'issue de ce délai, le fonctionnaire sanctionnateur vérifie le suivi ou non de la mesure alternative. Dans la négative, le contrevenant est redevable de l'amende administrative.

Ainsi, lorsque le constat est dressé que, malgré l'accord du contrevenant, la prestation citoyenne n'a pas été exécutée, partiellement ou totalement, il doit rester possible de pouvoir infliger une amende administrative. Cette possibilité ne fait pas obstacle à l'éventuelle décision du fonctionnaire sanctionnateur de proroger le délai initial. Cette prorogation ne peut intervenir que pour un maximum de soixante jours à compter de l'échéance fixée initialement, et pour autant que le contrevenant apporte une motivation raisonnable justifiant le dépassement du délai.

En revanche, lorsque la prestation citoyenne est accomplie conformément à la décision prononcée, il doit être clair qu'aucune amende administrative ne sera plus prononcée pour les faits infractionnels constatés.

Article 26

Cet article insère une nouvelle sous-section intitulée « Prestation citoyenne ».

Article 27

Cet article décrit le régime applicable aux prestations citoyennes, qui sont des mesures alternatives.

La prestation citoyenne devra être exécutée dans un délai d'un an à partir de la date de la notification de la décision du fonctionnaire sanctionnateur.

Dans le cadre du décret anti-discrimination, une autre disposition prévoit qu'une mesure citoyenne peut consister en le suivi d'une formation de sensibilisation à la lutte contre les discriminations organisée par Unia ou l'Institut pour l'Égalité des Femmes et des Hommes.

Le paragraphe 2 précise les règles relatives à l'organisation du suivi et du contrôle de l'exécution de la prestation citoyenne. Dans ce cadre, il revient à l'organisme désigné pour opérer l'encadrement de la prestation citoyenne de faire un rapport au fonctionnaire sanctionnateur à l'issue du délai d'un an. Une habilitation est confiée au Gouvernement afin de préciser les modalités.