

## CIRCULAIRE

# Modification de la loi sur les appels mystères : extension des pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux

Hanne De Roo  
Conseillère adjointe

Centre de  
compétence  
Emploi & Sécurité  
sociale  
T +32 2 515 08 68  
hdr@vbo-feb.be

Notre référence / 2022- 013

Date de publication / 20 juin 2022

## Résumé

Le 28 avril 2022, la loi du 1er avril 2022 modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination a été publiée au Moniteur belge. Avec cette loi, le législateur a voulu rendre plus ‘efficace’ la loi précédente sur les tests de situation, également appelés ‘tests de discrimination’ ou ‘appels mystères’.

L'article 42/1 a été initialement inclus dans le Code pénal social en 2018 pour donner aux inspecteurs sociaux un outil spécifique dans la lutte contre les discriminations. Cette disposition permet aux inspecteurs de se faire passer pour un candidat potentiel afin de vérifier si le comportement de l'employeur s'avère ou non discriminatoire. Les inspecteurs sociaux ont toutefois identifié trop de seuils et d'obstacles et ont donc jugé nécessaire de procéder à un ajustement. Pour répondre à ces constats, la loi du 1er avril 2022 adapte certaines dispositions de cette législation et en ajoute d'autres afin que les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux puissent être utilisés plus efficacement.

La FEB déplore fortement que, malgré des observations fondamentales, plusieurs des points soulevés dans l'avis unanime n° 2248 des partenaires sociaux du CNT et dans l'avis n° 2021/001 du Conseil consultatif du droit pénal social du 9 avril 2021 n'aient pas été pris en compte.

## Table des matières

Résumé.....	1
Table des matières .....	2
1 Absence de cohérence et de coordination avec d'autres initiatives .....	3
2 Pour quoi ? .....	3
3 Comment ? .....	4
3.1 Plus de conditions cumulatives .....	4
3.2 L'approbation de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi est toujours requise .....	5
3.3 Les inspecteurs ne commettent pas d'infractions.....	5
3.4 Principe de subsidiarité.....	6
3.5 Recours à des tiers.....	7
4 Une épée au-dessus de la tête .....	8
5 Annexes.....	8

## 1 Absence de cohérence et de coordination avec d'autres initiatives

Il est regrettable que diverses initiatives de tests de situation soient développées à différents niveaux de pouvoir (fédéral, régional, communal). Il est dès lors difficile pour les entreprises de conserver une vue d'ensemble et très compliqué pour les victimes de trouver le bon point de contact ou le bon motif. C'est pourquoi le Conseil national du travail avait demandé, dans son avis 2248, d'assurer la cohérence et la coordination entre les différents systèmes.

À plusieurs reprises, la FEB a indiqué que des tests de situation répétés à différents niveaux peut entraîner des frustrations chez les employeurs en raison des charges administratives et des pertes de temps et d'énergie que cela génère. Il y a aussi le risque qu'une candidature fictive confirme des préjugés. L'utilisation de faux CV peut amener les entreprises à se montrer davantage formalistes dans le processus de recrutement, par exemple en exigeant systématiquement une copie du diplôme ou en partant du principe qu'il s'agit d'une candidature fictive si un candidat est introuvable sur Internet.

## 2 Pour quoi ?

La loi du 1er avril 2022 modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination (ci-après : la loi) a précisé que des tests de situation peuvent être effectués pour toutes les violations de la législation anti-discrimination, c'est-à-dire tant pour les formes pénales que civiles et sur la base de tous les critères protégés.

Un nouvel article 42/2 a été inséré afin de fournir une sécurité juridique quant à la possibilité pour l'inspection d'utiliser ses pouvoirs d'investigation, y compris les tests de discrimination, pour déceler des infractions non punissables à la législation anti-discrimination. Toutes les violations de l'interdiction légale de la discrimination dans le cadre des relations de travail ne sont pas sanctionnées par le droit pénal. C'est uniquement le cas pour la discrimination intentionnelle fondée sur la race et le genre. La loi anti-discrimination interdit la discrimination fondée sur l'âge, le handicap, la religion ou les convictions, l'orientation sexuelle..., mais elle ne prévoit aucune sanction pénale pour ceux qui effectuent délibérément une discrimination sur la base de ces caractéristiques personnelles dans le cadre des relations de travail.

C'est pourquoi la loi dispose désormais explicitement que les inspecteurs sociaux chargés du contrôle de la loi du 10 mai 2007 relative à la lutte contre la discrimination entre les femmes et les hommes, de la loi du 10 mai 2007 relative à la lutte contre certaines formes de discrimination et de la loi du 30 juillet 1981 réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et de leurs arrêtés d'exécution sont également autorisés à rechercher et à constater des actes qui, bien que non pénalement sanctionnés, sont interdits par ces lois.

### 3 Comment ?

#### 3.1 Davantage de conditions cumulatives

Le mécanisme relatif aux conditions cumulatives requises a été adapté. Les conditions cumulatives requises initialement étaient les suivantes :

- la présence d'indications objectives de discrimination,
- à la suite d'une plainte ou d'un signalement,
- soutenues par des résultats de datamining et de datamatching.

La modification de la loi a supprimé la réunion cumulative de ces conditions. Le mécanisme a été adapté de manière que les inspecteurs sociaux puissent s'appuyer soit sur des indications objectives de discrimination, soit sur une plainte fondée ou un signalement, soit encore sur les résultats du datamining et datamatching, de sorte que la combinaison de ces trois éléments n'est plus nécessaire. L'un des trois suffit.

#### Avis :

L'avis 2248 du Conseil national du travail renvoie à l'avis n° 2021/001 du 9 avril 2021 du Conseil consultatif du droit pénal social, dans lequel il est indiqué qu'il faut éviter d'ouvrir une enquête sur la seule base de la 'présomption d'une discrimination encore à commettre', ce qui reviendrait à une 'pêche aux informations' interdite. Des indications objectives doivent être présentes pour pouvoir ouvrir une enquête.

Elles doivent être suffisamment claires et étayées pour pouvoir soupçonner l'existence d'un problème de discrimination. Le Conseil consultatif du droit pénal social a dès lors demandé de donner quelques exemples d'indications objectives afin de fournir une orientation sur ce qui est acceptable comme indication objective.

#### Conséquence :

Le législateur a répondu à cette demande et a inséré les exemples suivants dans l'exposé des motifs :

- « *En présence d'indications objectives de discrimination, par exemple, un magasin de vêtements qui n'emploie que des vendeuses de moins de 30 ans ou une grande entreprise dans une zone métropolitaine qui n'emploie que des hommes blancs ou aucune personne d'origine étrangère ;*
- *à la suite d'une plainte étayée ou d'un signalement, comme, par exemple, des documents qui montrent qu'un poste qui était censé être déjà pourvu ne l'a finalement pas été, ou des enregistrements d'un entretien ou une trace écrite d'une communication pendant une demande d'emploi, pendant la relation de travail ou à la fin de la relation de travail, qui montrent une inégalité ou une discrimination.* »

#### Analyse :

Cependant, les exemples cités dans l'exposé des motifs ne rassurent pas et ne sont pas acceptables pour la FEB comme 'indications objectives'. Ils ne sont pas suffisamment clairs et

étayés pour pouvoir soupçonner l'existence d'un problème de discrimination. C'est dangereux, car cela brouille la frontière entre une 'pêche aux informations' interdite et la création de l'intention de commettre une infraction et l'incitation.

### 3.2 L'approbation de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi est toujours requise

Heureusement, l'accord écrit préalable de l'auditeur du travail ou du procureur du Roi a été maintenu. Ce sont les inspecteurs sociaux qui demandent ce cadre.

### 3.3 Les inspecteurs ne commettent pas d'infractions

Suite à la modification de la loi, les infractions strictement nécessaires commises par les inspecteurs sociaux dans le cadre de ces tests de situation (par exemple la rédaction et l'utilisation d'un faux CV, qui équivaut à un faux en écriture) ne seront pas considérées comme des infractions pénales. L'exigence selon laquelle les faits punissables commis par les inspecteurs en vertu de leurs pouvoirs d'enquête spécifiques ne peuvent pas être plus graves que ceux pour lesquels la méthode de recherche est mise en œuvre a été supprimée dans la nouvelle loi.

#### Avis :

Dans son avis n° 2021/001 du 9 avril 2021, le Conseil consultatif du droit pénal social indique qu'une suppression complète de la liste des infractions que les inspecteurs sociaux peuvent commettre n'est en aucun cas nécessaire. Le même objectif pourrait être atteint en travaillant avec une liste exhaustive des infractions que les inspecteurs sociaux sont autorisés à commettre dans le cadre de tests de discrimination. Le Conseil est d'avis que la suppression complète de cette restriction est contraire au principe de proportionnalité.

Il a également fait référence à un avis rendu par le Conseil d'État sur le projet d'article 47quinquies du Code de procédure pénale. Le Conseil d'État y a rejeté comme contraire à la Constitution et aux droits fondamentaux l'absence de limitation légale des infractions que le ministère public peut autoriser.

A fortiori, tant le Conseil consultatif du droit pénal social que le Conseil national du travail ont demandé dans leurs avis qu'un cadre soit élaboré au niveau du ministère public, une liste exhaustive des types de faits punissables pouvant être commis par les inspecteurs sociaux dans le cadre des tests de discrimination. « *Afin d'assurer la transparence et la prévisibilité, il est également demandé de soumettre ce cadre aux partenaires sociaux.* »

#### Conséquence :

Le législateur a inclus quelques exemples dans l'exposé des motifs : l'utilisation d'un faux nom, l'utilisation d'un faux diplôme, la rédaction et l'utilisation d'un faux CV... Il a déclaré que les tests de discrimination rendus possibles par l'article 42/1 du code pénal social sont suffisamment encadrés pour éviter que les inspecteurs ne commettent des infractions disproportionnées par rapport à leur mission.

#### Analyse:

Par conséquent, une liste exhaustive n'a pas été reprise. Pour la FEB, il reste cependant crucial que les infractions qui peuvent être justifiées soient énumérées dans la loi, afin que les tests de discrimination soient délimités dans une liste exhaustive et limitative des actions que les inspecteurs sociaux et les tiers peuvent entreprendre. Sinon, il y a un risque que l'auditeur du travail ait carte blanche. Il faut déterminer avec précision ce qui est autorisé et ce qui ne l'est pas. **Le Code pénal doit être interprété de manière restrictive, il ne suffit donc pas d'inclure quelques exemples dans l'exposé des motifs.** L'article 78 du Code pénal énonce en effet : « *Nul crime ou délit ne peut être excusé, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi.* »

Inclure des exemples dans l'exposé des motifs est une solution facile mais elle ne contribue pas à la sécurité juridique. À long terme, cela peut entraîner une érosion de la confiance et affecter la crédibilité du gouvernement.

Le budget 2022 prévoit le recrutement de 45 nouveaux inspecteurs sociaux. Ils recevront une formation sur la discrimination à leur entrée en service. Une méthodologie a été élaborée en collaboration avec Unia et l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.

### 3.4 Principe de subsidiarité

La disposition précédente de la loi disposait que la méthode de détection devait se limiter à créer la possibilité de dénoncer une pratique discriminatoire. Et que ce pouvoir ne peut être exercé que s'il est nécessaire pour l'exercice du contrôle de pouvoir établir les circonstances réelles et si ces constatations ne peuvent être faites d'aucune autre manière. La méthode de détection ne doit pas avoir pour effet de créer une pratique discriminatoire lorsqu'il n'existe aucune indication sérieuse de pratiques pouvant être qualifiées de discrimination directe ou indirecte.

L'avant-projet de loi visait à modifier cette disposition en ajoutant le terme 'raisonnablement', à savoir « *et si ces constats ne peuvent raisonnablement pas être réalisés d'une autre façon* ».

#### Avis :

Grâce aux avis du Conseil national du travail et du Conseil consultatif du droit social pénal, qui ont souligné que l'ajout du terme 'raisonnablement' dans un texte juridique crée une ambiguïté et donne lieu à des problèmes d'interprétation, le projet de loi a été modifié.

#### Conséquence :

La loi du 1er avril 2022 adapte l'article 42/1, § 5, alinéa 2 du Code pénal social, en remplaçant les mots « *et si ces constats ne peuvent pas être réalisés d'une autre façon* » par les mots « *et si ces constats ne peuvent, compte tenu du principe de proportionnalité, être faits par d'autres moyens* ».

#### Analyse :

La FEB est satisfaite de la précision apportée au projet de loi.

### 3.5 Recours à des tiers

Désormais, les inspecteurs sociaux peuvent également faire appel à un tiers pour une courte période lors de l'exécution des tests de situation (par exemple pour rédiger un CV crédible pour le poste pour lequel ils posent leur candidature). Cela n'est possible que si cela s'avère nécessaire à la réussite de leur mission.

Un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres devra préciser dans quelles conditions et selon quelles modalités l'inspecteur social peut faire appel à un tiers.

#### Avis :

Le Conseil national du travail estime qu'il convient de préciser quelles actions préparatoires ou de soutien ces tiers peuvent entreprendre, et que ces personnes ne peuvent pas commettre elles-mêmes des infractions. Le Conseil a également demandé que son avis soit sollicité sur le projet d'arrêté royal relatif à l'élaboration concrète des actions que les tiers peuvent entreprendre en vertu de cette législation.

#### Conséquence :

Malgré les avertissements du Conseil national du travail et du Conseil consultatif du droit pénal social, le législateur n'en a pas tenu compte dans le texte de loi. Il a néanmoins inclus les éléments suivants dans l'exposé des motifs : « *Suite aux remarques des différents organes d'avis (et notamment l'avis 2021/001 du Conseil consultatif du droit pénal social), il est expressément rappelé que le tiers ne peut dans le cadre d'une telle mission commettre de provocation au sens de l'article 30 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle. Les inspecteurs du Contrôle des Lois sociales pourront avoir recours à des tiers pour les aider dans leur mission (ex. : expertise, rédaction de CV...). Toutefois, il n'est pas permis d'envoyer des tiers dans les entreprises pour effectuer des tests de situation dans le cadre d'un entretien d'embauche. Les modalités concrètes seront précisées par arrêté royal. Les inspecteurs du Contrôle des lois sociales peuvent, dans les conditions et selon les règles définies dans un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, momentanément faire appel à une personne qui ne fait pas partie des services d'inspection si cela s'avère nécessaire à la réussite de leur mission. »*

#### Analyse:

Il est à espérer que l'arrêté royal délibéré en Conseil des ministres clarifiera les actions préparatoires ou de soutien que les tiers peuvent entreprendre, de sorte qu'un comportement délibérément trompeur du gouvernement et de ces tiers (employés par le gouvernement) envers les entreprises et les citoyens ne puisse être utilisé.

## 4 Une épée au-dessus de la tête

### Avis :

Dans son avis unanime, le Conseil national du travail a également déclaré ce qui suit :

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

### Conséquence :

Cela n'était pas prévu dans le projet de loi.

## 5 Annexes

Loi du 1er avril 2022 modifiant la section 2/1 du Code pénal social concernant les pouvoirs spécifiques des inspecteurs sociaux en matière de constatations relatives à la discrimination :

<https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/api2.pl?lg=nl&pd=2022-04-28&numac=2022202069>

Avis n° 2248 du Conseil national du travail : <http://www.cnt-nar.be/AVIS/avis-2248.pdf>

Avis n° 2021/001 du Conseil consultatif du Code pénal social :

<https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/55/2447/55K2447001.pdf>