

## Chapitre .....

# La présomption de discrimination et la collecte des informations et documents en possession de l'employeur<sup>1</sup>

Fabienne KÉFER, professeur ordinaire à l'Université de Liège

Avec la collaboration de M. Adrien FARCY, assistant à l'Université de Liège

1. Les discriminations dans l'emploi ou dans l'accès à la formation professionnelle sont, pour divers motifs, difficiles à établir. Le défaut de preuve paraît l'obstacle principal dans l'accès à la justice. Sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice puis des directives qui l'ont confirmée, la loi belge a allégé la charge de la preuve au bénéfice de la victime potentielle (Section 1). Cette modification ne permet pas de surmonter tous les inconvénients probatoires car, pour bénéficier de l'allègement, la partie demanderesse doit quand même fournir des éléments de preuve ; or, dans bon nombre de cas, ceux-ci se trouvent entre les mains de celui à qui est imputée une discrimination – employeur, entreprise qui recrute, organisateur de formation professionnelle, etc., nommé ci-après « l'employeur » par commodité de langage –, de sorte que se pose la question si la partie qui s'estime victime d'une différence de traitement injustifiée pourrait se faire communiquer par l'employeur les éléments qui permettraient d'établir son allégation (Section 2).

### SECTION 1 – L'OBJET DE LA PREUVE INCOMBANT A LA VICTIME POTENTIELLE

2. L'application pure et simple des règles de droit commun de la charge de la preuve – *actori incumbit probatio*<sup>2</sup> – peut conduire à contrarier l'effectivité des dispositions destinées à lutter contre les discriminations. L'inégalité des parties devant les éléments de preuve peut empêcher la victime potentielle de faire valoir sa situation, d'établir la discrimination qu'elle allègue et d'obtenir le respect de ses droits. La Cour de justice en a pris conscience depuis longtemps dans le domaine de l'inégalité salariale entre les travailleuses et les travailleurs<sup>3</sup>.

Après l'arrêt *Bilka* du 13 mai 1986, qui avait apporté la première pierre à l'édifice<sup>4</sup>, l'arrêt *Danfoss* du 17 octobre 1989 pose clairement le principe. La Cour constate que, lorsqu'un employeur recourt à un système de rémunération caractérisé par un manque total de transparence, les travailleuses risquent d'être privées de tout moyen efficace de faire respecter le principe d'égalité salariale devant la juridiction nationale si l'on n'aménage pas les règles relatives à la charge de la preuve. Elle décide que c'est l'employeur qui a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que la travailleuse établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleuses est inférieure à celle de leurs homologues masculins<sup>5</sup>. En l'espèce, il était impossible d'identifier l'incidence des différents critères intervenant dans le calcul du

---

<sup>1</sup> Nous exprimons ici notre vive gratitude à Mesdames Muriel Fabrot et Julie Ringelheim et Messieurs Filip Dorssmont, Jean-Ferdinand Puyraimond, Matthieu Simon et Patrick Wautelet pour leurs très enrichissantes réflexions.

<sup>2</sup> Art. 870, C. Jud. et art. 8.4, C. civ.

<sup>3</sup> E. ELLIS et P. WATSON, *EU Anti-Discrimination Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 157-162.

<sup>4</sup> C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka*, 170/84, ECLI:EU:C:1986:204, § 31.

<sup>5</sup> C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, ECLI:EU:C:1989:383, §§ 13-14.

salaires et de comparer, dans une même classe salariale, les rémunérations des uns et des autres de sorte à expliquer pourquoi de nombreuses travailleuses percevaient un salaire inférieur à celui de leurs collègues masculins. Quelques années plus tard, l'arrêt *Enderby* étend la règle à un cas où les rémunérations résultaient d'un système clair<sup>6</sup>.

La jurisprudence de la Cour<sup>7</sup> a ensuite été traduite dans les directives européennes visant à lutter contre la discrimination<sup>8</sup> : le fardeau probatoire de la personne qui s'estime victime est limité à l'établissement de faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination, tandis que l'auteur supposé doit prouver qu'il n'y en a pas. Cette règle n'est cependant pas applicable dans les procédures pénales. Cette répartition du poids de la preuve a été à son tour inscrite dans le droit belge<sup>9</sup>.

L'inscription de règles identiques dans toutes les directives permet de transposer l'interprétation donnée par la Cour d'une disposition à l'autre ; l'avantage est appréciable étant donné que la jurisprudence sur le sujet est peu fournie<sup>10</sup>.

3. Ce dispositif s'impose au juge, ce en quoi il se distingue de celui prévu par l'article 8.4, al. 5, du nouveau Code civil. Il ne réalise pas à proprement parler un renversement de la charge de la preuve ; il s'agit plus exactement ici d'un allègement de cette charge, d'une modification de l'objet de la preuve de la victime potentielle. Le rééquilibrage entre les parties au procès repose sur un mécanisme en deux étapes<sup>11</sup>.

Le travailleur supporte toujours la charge de la preuve initiale ; le bénéfice de l'aménagement probatoire est conditionné par la réussite de cette première étape. Il ne suffit donc pas pour le plaignant d'alléguer des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination : ces faits doivent être prouvés<sup>12</sup>, la loi offrant un large choix des moyens de preuve<sup>13</sup>. Comme l'indique la Cour constitutionnelle, la partie demanderesse « doit démontrer que le défendeur a commis des actes ou a donné des instructions qui pourraient, de prime abord, être discriminatoires. [...] Les faits avancés doivent être suffisamment graves et pertinents. [...] Il ne suffit pas qu'une personne prouve qu'elle a fait l'objet d'un traitement qui lui est défavorable. Cette personne doit également prouver les faits qui

---

<sup>6</sup> C.J.C.E., 27 octobre 1993, *Enderby*, C-127/92, ECLI:EU:C:1993:859, § 18.

<sup>7</sup> Un mouvement similaire a pu être observé dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy., not., Cour eur. D.H., 13 novembre 2007, *D.H. et autres c. République Tchèque*, §§ 186-189 ; Cour eur. D.H., 30 mai 2013, *Lavida et autres c. Grèce*, § 64. Voy. aussi F. TULKENS, « Les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ses moments forts, ses ressorts, ses dynamiques », in J. Toubon (coord.), *Colloque 10 ans de droit de la non-discrimination*, 2015, p. 23, disponible sur <https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/colloque-10ans-droits-discr.pdf> ; A. DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9, disponible en ligne : <https://doi.org/10.4000/revdh.2051>.

<sup>8</sup> Art. 8.1, de la directive 2000/43, art.10. 1, de la directive 2000/78 et art. 19. 1, de la directive 2006/54. Elle l'était déjà dans des directives antérieures, telle la directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe. Pour une étude approfondie, cons. L. FARKAS et O. O'FARREL, *Reversing the burden of the proof: Practical dilemmas at the European and national level*, Rapport du European Network of Legal Experts in the Non-discrimination field, Commission européenne, 2014.

<sup>9</sup> Art. 27 et 28 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination ; art. 32 et 33 de la loi du 10 mai 2007 visant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes ; art. 30 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie.

<sup>10</sup> C. TOBLER, « Article 10. Charge de la preuve / Burden of proof », in E. Dubout (dir.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 261.

<sup>11</sup> C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Coleman*, C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415, § 54 ; C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506, § 30.

<sup>12</sup> C. trav. Bruxelles, 10 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 482 ; C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 477 ; C. trav. Bruxelles, 25 mai 2021, *J.T.T.*, 2022, p. 22. Voy. aussi A. DANIS-FATÔME, « Le dispositif propre à la charge de la preuve, frein ou outil de lutte contre les discriminations ? », *op. cit.*

<sup>13</sup> Sur tout ceci, cons. l'étude très approfondie de J. RINGELHEIM et V. VAN DER PLANCKE, « Prouver la discrimination en justice », in P. Wautelet et J. Ringelheim (dir.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Commission Université Palais, vol. 184, Liège, Anthemis, 2018, pp. 136-173.

semblent indiquer que ce traitement défavorable a été dicté par des motifs illicites [...]. Les faits [...] doivent pouvoir être imputés spécifiquement à l'auteur de la distinction »<sup>14</sup>. Si le travailleur échoue, la procédure ne passera pas le cap de la première étape ; le plaignant sera débouté, sans que l'employeur ait eu à se justifier. Deux illustrations permettront de mieux assimiler le procédé. La première est la discrimination salariale entre hommes et femmes. En s'aidant le cas échéant de données statistiques ou de données puisées dans le bilan social de l'entreprise<sup>15</sup>, la travailleuse doit, dans un premier temps, prouver qu'elle perçoit une rémunération inférieure à celle d'un collègue masculin de référence alors qu'elle accomplit le même travail ou un travail de valeur égale<sup>16</sup>. Il existe alors une apparence de discrimination : la travailleuse est considérée, à première vue, comme victime d'une discrimination qui ne s'explique que par la différence de sexe. Au second temps, il incombe à l'employeur d'établir qu'il n'y a pas de violation du principe de l'égalité des rémunérations<sup>17</sup>. Un second exemple est celui de la discrimination fondée sur l'état de santé actuel. Lorsque le motif du licenciement mentionné sur le formulaire C4 est une longue absence, le travailleur apporte la preuve qui lui incombe ; puisque l'absence ne peut être causée que par la maladie en cours, cette mention laisse présumer une discrimination en raison de l'état de santé actuel. Il appartient à l'employeur d'apporter la preuve contraire<sup>18</sup>.

Lors de la seconde étape, l'employeur devra prouver soit un motif étranger au critère de discrimination en jeu soit un motif licite lié à ce critère et ensuite démontrer que ce motif explique la pratique contestée<sup>19</sup>. À défaut pour l'employeur d'établir que sa décision repose sur des motifs exempts de discrimination, il supporte le risque de la preuve, conformément aux règles de droit commun (art. 8.4, al. 4, C. civ.)<sup>20</sup>.

4. En dépit de cette modification de l'objet de la preuve, les difficultés du plaignant ne sont pas toutes aplanies car, dans bien des cas, les éléments à fournir pour réussir la première étape du parcours probatoire se trouvent en possession de l'employeur. Outre les suspicions de discrimination salariale déjà évoquées, on peut songer à la situation, encore plus complexe, du travailleur estimant que sa candidature à un emploi a été rejetée en raison de son origine ethnique. Puisqu'il est par hypothèse extérieur à l'entreprise, il a encore moins accès aux informations sur la personne retenue et donc aux indices permettant de présumer l'existence d'une discrimination<sup>21</sup>. À ce sujet, l'on observe que l'opacité des procédures de recrutement s'accroît par le recours aux algorithmes, dont les biais

---

<sup>14</sup> C. C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.93.3 ; C. trav. Bruxelles, 6 janvier 2012, *Chron. D.S.*, 2014, p. 410 ; C. trav. Anvers, 18 décembre 2018, *J.T.T.*, 2019, p. 317 ; C. trav. Bruxelles, 11 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 477 ; C. trav. Bruxelles, 8 janvier 2020, RG 2017/AB/97, disponible en ligne ([https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200108.8\\_FR.pdf](https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CTBRL:2020:ARR.20200108.8_FR.pdf)) ; C. trav. Liège, 2 février 2020, *J.T.T.*, 2021, p. 200.

<sup>15</sup> Art. 44 et s. de la loi du 22 décembre 1995 portant des mesures visant à l'exécution du plan pluriannuel pour l'emploi. Le contenu du bilan social est déterminé par l'A.R. du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations (not. art. 3.161). Cons. le site de la Banque nationale de Belgique, [www.nbb.be/fr/centrale-des-bilans](http://www.nbb.be/fr/centrale-des-bilans).

<sup>16</sup> Sur les difficultés de cette comparaison, cons. dans cet ouvrage, P. FOUBERT, "Gelijk loon voor vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt: Evaluatie van het Belgisch beleid aan het licht van andere Europese ervaringen", pp. 391 et s., n° 16 et s.

<sup>17</sup> C.J.U.E., 26 juin 2001, *Brunnhofers*, C-381/99, ECLI:EU:C:2001:358, §§ 58 et 60.

<sup>18</sup> C. trav. Bruxelles, 18 février 2020, *J.T.T.*, 2021 p. 49. Dans le même sens, C. trav. Anvers, 5 juin 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 473.

<sup>19</sup> Un lien causal même partiel entre le traitement défavorable et un critère protégé peut suffire à le faire échouer (C. trav. Bruxelles, 10 septembre 2019, *J.T.T.*, 2019, p. 482).

<sup>20</sup> Pour des illustrations dans le domaine des discriminations fondées sur l'état de santé, cons. l'étude de A. MORTIER et M. SIMON, « Licencié en raison des absences médicales passées : une discrimination ? », *J.T.T.*, 2018, pp. 87-89, n° 20-23 et les nombreuses références citées ; pour le critère de l'âge, C. trav. Liège, 11 septembre 2018, RG 2016/AL/629 ([https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CTLIE:2018:ARR.20180911.13\\_FR.pdf](https://juportal.be/JUPORTAwork/ECLI:BE:CTLIE:2018:ARR.20180911.13_FR.pdf)).

<sup>21</sup> J. RINGELHEIM, « The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland », *European equality review*, 2019/2, p. 61. Voy. aussi conclusions avant C.J.U.E., 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:8, § 32.

discriminatoires, désormais sanctionnés par la Justice<sup>22</sup>, nourrissent la ségrégation professionnelle tout en la rendant pratiquement imperceptible, même par l'employeur lui-même<sup>23</sup>.

Il faut pourtant bien que le plaignant étaie un minimum son allégation. D'où la question de savoir si l'employeur a une obligation de fournir les informations qu'il est seul à détenir.

## SECTION 2 – L'ACCÈS AUX PREUVES DÉTENUES PAR L'EMPLOYEUR

5. Un certain nombre d'éléments détenus par l'employeur sont accessibles à celui qui s'estime victime d'une discrimination, parce que la loi prévoit un droit d'accès spécifique (§ 1). Pour les autres données, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que le droit de l'Union européenne ne fait pas à l'employeur une obligation générale de communiquer les éléments de preuve dont il dispose (§ 2). La victime potentielle dispose-t-elle alors, sur la base d'autres dispositions de droit positif, de palliatifs méconnus ? Peut-on envisager, en s'inspirant d'expériences étrangères, de créer des dispositifs novateurs destinés à faciliter la preuve d'une discrimination ? La réponse à ces questions n'est pas simple, et rencontre plusieurs difficultés d'ordre juridique (§ 3).

### §1. Un droit d'accès spécifique

6. Il arrive que l'employeur soit contraint de fournir des informations soit spontanément soit à la demande de la partie intéressée.

Au sujet des données salariales en particulier, une proposition de directive européenne sur la transparence salariale vient d'être élaborée en vue de rendre plus efficace la lutte contre les discriminations entre les femmes et les hommes<sup>24</sup>. Il s'agit entre autres choses de favoriser l'accès des candidat(e)s aux informations sur le niveau ou la fourchette de rémunération initiale correspondant au poste concerné, aux critères utilisés pour déterminer les niveaux de rémunération et la progression de carrière des travailleurs, aux niveaux de rémunération moyens, ventilés par sexe, pour les catégories de travailleurs accomplissant le même travail ou un travail de même valeur que le leur. D'autres mesures sont prévues pour les entreprises de plus de 250 travailleurs. Des assouplissements peuvent être apportés en raison de l'intrusion que, dans certains cas, ces mesures représentent pour d'autres salariés, par exemple si l'employeur devait être amené à divulguer la rémunération d'un cotravailleur identifiable. La proposition de directive contient une disposition spécifique sur l'accès aux preuves : il est indispensable que les juridictions nationales ou les autorités compétentes soient en mesure d'ordonner au défendeur de produire toute preuve pertinente se trouvant en sa possession, y

---

<sup>22</sup> Voy., à propos de l'algorithme de Deliveroo, l'ordonnance du tribunal ordinaire de Bologne du 27 décembre 2020 (disponible sur <https://urlz.fr/eUi0>) et L. RATTI, « La neutralité algorithmique à l'épreuve de ses effets discriminatoires », *Rev. Dr. Trav.*, 2021, pp. 81 et s.

<sup>23</sup> M. BOGEN, « All the Ways Hiring Algorithms Can Introduce Bias », *Harvard Business Review*, 6 mai 2019, disponible sur <https://hbr.org/2019/05/all-the-ways-hiring-algorithms-can-introduce-bias> ; S. SERENO, « Focus sur les discriminations par algorithme », *Droit social*, 2020, pp. 680 et s. ; DÉFENSEUR DES DROITS, *Algorithmes : prévenir l'automatisation des discriminations*, 2020 (disponible sur <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2020/05/algorithmes-prevenir-lautomatisation-des-discriminations>) ; Lj. GROZDANOVSKI, « In search of effectiveness and fairness in proving algorithmic discrimination in EU law », *CML Rev.*, 2021, vol. 59, pp. 99-136. Voy. aussi dans cet ouvrage, C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Digitalisation et discrimination : enjeux d'une rencontre, agenda d'une réforme », pp. 61.

<sup>24</sup> Proposition de directive, du 4 mars 2021, visant à renforcer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes pour un même travail ou un travail de même valeur par la transparence des rémunérations et les mécanismes d'exécution, COM(2021) 93 final. Cons. dans cet ouvrage, P. FOUBERT, "Gelijk loon voor vrouwen en mannen op de arbeidsmarkt : Evaluatie van het Belgisch beleid aan het licht van andere Europese ervaringen", pp. 383 et s.

compris les preuves contenant des informations confidentielles, lorsqu'elles le jugent utile dans le cadre de la réclamation. Toutefois, dans le second cas, les États membres veillent à ce que les juridictions nationales disposent de moyens efficaces pour protéger ces informations. Comme on le verra plus loin, le droit belge a déjà mis sur pied ce type de dispositifs.

7. L'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union proclame le droit pour toute personne d'accéder aux données à caractère personnel collectées la concernant. Le règlement européen 2016/679, connu sous le nom de « RGPD »<sup>25</sup>, consacre le même droit (art. 15)<sup>26</sup>. Une « donnée à caractère personnel » est définie comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (art. 4, 1). Ainsi, le travailleur dispose d'un droit d'accéder à son dossier personnel, où sont consignées toutes sortes d'informations à son sujet<sup>27</sup>. Il pourrait aussi, pour autant que la demande soit raisonnable et non excessive, demander la copie des notes manuscrites prises par l'employeur durant l'entretien d'évaluation ou d'embauche<sup>28</sup>.

Au-delà de ces accès spécifiques, se pose la question d'un droit d'accès général à tous les éléments qui permettraient à la partie plaignante d'établir les faits dont la preuve lui incombe.

## § 2. L'absence de droit d'accès général

8. Des arrêts de la Cour de justice il se déduit que la victime potentielle n'a pas de droit général à se faire communiquer les informations détenues par l'employeur. Le refus de l'employeur est d'autant plus justifié lorsqu'il s'explique par la nécessité de protéger la vie privée de tiers. Cependant, un refus de l'employeur peut parfois être un indice parmi d'autres permettant de supposer une discrimination.
9. Le premier arrêt est prononcé dans l'affaire *Kelly*<sup>29</sup>. M. Kelly introduit, auprès d'une université, une demande pour accéder à une formation professionnelle dispensée par celle-ci. Sa candidature n'est pas retenue. Il dépose une plainte formelle pour discrimination fondée sur le sexe, estimant être plus qualifié que la candidate la moins qualifiée retenue pour suivre la formation en question. À la différence de ce qui s'était produit par exemple dans l'affaire *Danfoss* où l'organisation syndicale disposait d'éléments chiffrés permettant de jeter le trouble sur les pratiques de l'entreprise, M. Kelly est dans l'impossibilité d'apporter au juge le moindre élément de nature à le convaincre d'une discrimination apparente et d'entraîner un allègement du fardeau de la preuve, car ces éléments sont tous en mains de l'université. Il sollicite dès lors du juge que celle-ci soit contrainte de communiquer des informations sur les qualifications des autres candidats, à savoir les copies des formulaires d'inscription conservés, les documents joints en annexe ou inclus dans lesdits formulaires et les « feuilles de scores » des candidats dont les formulaires avaient été conservés. L'université propose de divulguer une partie des informations, ce que M. Kelly juge insuffisant. Il obtient que des questions préjudicielles soient posées à la Cour de justice.

---

<sup>25</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

<sup>26</sup> Voy. toutefois l'art. 100/14, C. Pén. Soc.

<sup>27</sup> O. RIJCKAERT et V. HANQUET, « Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : implications en droit du travail », in L. Dear et E. Plasschaert, *Le contrat de travail revisité à la lumière du XXI<sup>e</sup> siècle*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 492.

<sup>28</sup> Pour un avis nuancé, *Ibidem*, p. 484.

<sup>29</sup> C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10, ECLI:EU:C:2011:506.

Par un arrêt tout en nuances, auquel quelques précisions seront apportées par la suite, la Cour tranche plusieurs points. Tout d'abord, aucune des directives applicables ne crée de droit spécifique en faveur de la victime potentielle à accéder aux informations qui l'aideraient à établir la preuve qui lui incombe. Le droit national ne doit pas consacrer un tel droit ; l'employeur peut refuser de divulguer les informations souhaitées<sup>30</sup>.

Cependant, il n'est pas exclu que le refus patronal compromette la réalisation des objectifs et l'effectivité du droit de l'Union, en particulier ses dispositions relatives à la charge de la preuve. Les États membres doivent être attentifs à ne pas mettre en péril l'effet utile de celles-ci. Les instances judiciaires sont appelées à vérifier si tel est le cas<sup>31</sup>. Dans ce contexte, il convient aussi d'avoir égard aux règles protégeant le traitement des données personnelles et plus généralement la confidentialité de ces données, règles qui sont susceptibles de limiter le droit d'une victime potentielle de discrimination à se faire produire des informations sur les autres candidats<sup>32</sup>.

Si la Cour ne va pas jusqu'à consacrer un droit de communication, c'est, d'abord, parce que ce faisant, elle romprait l'équilibre, tel qu'il a été réaménagé par les directives, entre la personne alléguant avoir été victime d'une discrimination et l'employeur<sup>33</sup>, mais aussi et surtout parce qu'une telle consécration risquerait de mettre en péril les droits des tiers qui sont éventuellement mentionnés dans les documents ou informations communiqués et singulièrement leur droit à la vie privée<sup>34</sup>.

Un rapprochement peut être effectué utilement avec l'arrêt *Asociația Accept*<sup>35</sup>, en dépit du fait qu'il ne porte pas précisément sur la même question. Sont en cause des propos homophobes tenus par un actionnaire d'un club de football, propos que la Cour considère comme permettant de présumer l'existence d'une politique d'embauche discriminatoire de la part de l'employeur lui-même. L'une des questions au cœur de cette affaire est celle de savoir comment l'employeur peut renverser la présomption de discrimination. Selon l'employeur, la seule manière de rapporter la preuve que l'orientation sexuelle des joueurs ne joue aucun rôle dans le recrutement serait de prouver qu'il a embauché des joueurs homosexuels, ce qu'il ne pourrait faire sans violer la vie privée des candidats ; par voie de conséquence, l'article 10 de la directive 2000/78 lui imposerait une preuve impossible. Selon la Cour, l'article 10 n'exige pas d'aller jusque-là : « il n'est pas nécessaire qu'une partie défenderesse prouve que des personnes d'une orientation sexuelle déterminée ont été recrutées dans le passé, une telle exigence étant effectivement susceptible, dans certaines circonstances, de porter atteinte au droit au respect de la vie privée » ; un faisceau d'autres éléments concordants pourront réfuter la présomption.

L'employeur n'est donc pas contraint de fournir des éléments de preuve portant atteinte à la vie privée de travailleurs ou de candidats à un emploi ni au stade du renversement par lui de la présomption (arrêt *Asociația Accept*), ni au stade de la preuve initiale à fournir par la partie demanderesse (arrêt *Kelly*).

---

<sup>30</sup> §§ 34, 38 et 43-48.

<sup>31</sup> §§ 34, 35 et 39.

<sup>32</sup> §§ 55-56.

<sup>33</sup> Une telle obligation était envisagée dans l'article 4, b, de la proposition de directive du Conseil relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (COM [88] 269 final) (JO C 176, 5 juillet 1988, p. 5) ; la proposition a été retirée (JO C 40, 7 février 1998, p. 7).

<sup>34</sup> Conclusions de l'avocat général MENDOZZI avant C.J.U.E., 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:8, § 23.

<sup>35</sup> C.J.U.E., 25 avril 2013, *Asociația Accept*, C-81/12, ECLI:EU:C:2013:275. Voy. E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination (2013) », *J.E.D.H.*, 2014, pp. 223-224.

10. L'arrêt *Meister*<sup>36</sup> précise la position prise dans l'arrêt *Kelly*. Mme Meister, d'origine russe, répond successivement à deux offres d'emploi similaires diffusées par une entreprise. Ses deux candidatures sont rejetées sans même que l'employeur ne la convoque à un entretien d'embauche. Elle allègue une discrimination en raison de son âge, son sexe et son origine ethnique et sollicite la production du dossier du candidat recruté, en vue de démontrer qu'elle est plus qualifiée que celui-ci. La différence essentielle avec l'affaire *Kelly* tient en ce que, dans l'affaire *Meister*, l'employeur a refusé de communiquer quelque document que ce soit. La Cour laisse au juge de renvoi le soin d'apprécier les faits mais lui précise qu'il n'est pas exclu que ce refus puisse constituer l'un des éléments à prendre en compte dans l'établissement des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination<sup>37</sup>.

Le refus de l'entreprise de donner accès aux documents qu'elle est seule à détenir ne suffit donc pas pour entraîner l'allègement de la charge de la preuve. Mais ce refus, qui en soit n'est pas fautif, peut être pris en compte au titre d'indice et, combiné avec d'autres, « nourrir le soupçon de discrimination »<sup>38</sup>. Pour la Cour de justice, peuvent aussi être pris en compte la circonstance que l'employeur ne conteste pas que Mme Meister disposait du niveau de qualification requis par l'avis de recrutement et le fait que, malgré cela, il s'est abstenu à deux reprises de la convoquer à l'entretien d'embauche<sup>39-40</sup>.

11. La Cour de justice tente encore d'adoucir la situation du plaignant, lorsque les données sont inaccessibles et que l'effet utile de la disposition réaménageant la charge de la preuve risque d'être mis en péril : dans des cas particuliers, la personne qui se prétend victime d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe peut établir les faits de nature à faire présumer une discrimination par des statistiques générales concernant le marché du travail dans l'État membre concerné, et n'est pas tenue de produire des données plus précises ciblant le groupe de travailleurs auquel elle appartient, si cette partie n'a pas accès ou n'a que difficilement accès à ces statistiques ou faits<sup>41</sup>. Ceci ne signifie pas, à notre avis, que la partie demanderesse peut, à tous les coups, se limiter à fournir des statistiques générales ; mais, lorsque l'effectivité de la directive est menacée par l'impossibilité de fournir des données précises, la Cour parvient aussi à ménager la bascule du fardeau de la preuve.

12. Le droit de l'Union s'emploie donc à faciliter la position de la partie demanderesse et, par son interprétation des directives, la Cour favorise jusqu'à un certain point le succès de la première étape du parcours probatoire. Mais pour des motifs tirés de la protection des droits d'autrui – le droit à la

---

<sup>36</sup> C.J.U.E., 19 avril 2012, *Meister*, C-415/10, ECLI:EU:C:2012:217, et le commentaire de N. MOIZARD, « Charge de la preuve d'une discrimination à l'embauche », *Rev. Dr. Trav.*, 2012, p. 497. Voy. aussi C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Chez*, C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480, § 80.

<sup>37</sup> §§ 44 et 47.

<sup>38</sup> S. SERENO, « La preuve des discriminations en droit du travail », *Droit social*, 2020, p. 232.

<sup>39</sup> § 45.

<sup>40</sup> Si le nouveau Code civil belge donne au juge la faculté de renverser la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5), cette faculté est un ultime remède et se trouve subordonnée à un grand nombre de conditions (un jugement spécialement motivé, des circonstances exceptionnelles, l'échec de toutes les autres mesures d'instruction utiles, le caractère déraisonnable de l'application des autres règles) (cons. V. RONNEAU, « Objet, charge et degré de preuve : une nouvelle partie de *Stratego* s'annonce », in D. MOUGENOT (dir.), *La réforme du droit de la preuve*, CUP, vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, pp. 25-29). Parmi les éléments entrant en ligne de compte figure, suivant les travaux préparatoires, le « refus fautif [d'une partie] de collaborer à l'administration de la preuve » (*Doc. Parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3349/005, p. 36). Au regard du Code civil, le refus de collaborer est donc, à lui seul, insuffisant pour entraîner le déplacement du fardeau de la preuve ; il peut toutefois, s'il est fautif, contribuer à cette solution. Cette disposition n'est pas, à notre estime, éclipsée par le régime de preuve spécifique aux procédures en matière de discrimination (voy. aussi W. VANDENBUSSCHE, « L'obligation de collaborer à l'administration de la preuve : précisions sur la portée d'un principe particulier », *R.C.J.B.*, 2021, pp. 251-280, spéc. n° 25).

<sup>41</sup> C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Schuch-Ghannadan*, C-274/18, ECLI:EU:C:2019:828, §§ 54-57. Était en cause une allégation de discrimination indirecte fondée sur le sexe découlant d'une réglementation différenciée selon que les travailleurs sont occupés à temps plein ou à temps partiel.

vie privée des autres travailleurs ou candidats – elle ne reconnaît pas un droit général d'accès à toutes les informations détenues par l'employeur. Il reste à explorer si d'autres dispositions permettraient d'atteindre ce résultat.

### § 3. Les palliatifs et leurs écueils juridiques

13. La victime potentielle pourrait souhaiter obtenir des informations de manière informelle, avant d'entreprendre une procédure judiciaire. On pourrait envisager de créer une telle procédure, en s'inspirant d'expériences étrangères, mais aussi de dispositifs de droit belge. Sans nier une certaine efficacité de ce remède, un écueil demeure et paraît incontournable : le droit des tiers à la protection de leur vie privée (1). D'autres pistes nous paraissent plus efficaces. Le droit positif contient en effet, ne fût-ce qu'en germes, plusieurs palliatifs, qui reposent sur le pouvoir d'investigation dont disposent les institutions publiques (2).

#### 1. La création d'une procédure informelle ad hoc ?

14. L'Irlande<sup>42</sup> et le Royaume-Uni<sup>43</sup>, notamment, ont créé un questionnaire standardisé qu'une personne s'estimant lésée par une discrimination peut soumettre à l'employeur avant d'apprécier ses chances d'introduire une procédure judiciaire. Le juge, ou la commission compétente, peut se fonder sur les réponses ou l'absence de réponse pour se forger une opinion<sup>44</sup>.

De son côté, le droit suédois proclame le droit, pour un candidat à un emploi qui n'a pas été retenu ou n'a pas été convoqué à un entretien d'embauche, de recevoir, de la part de l'employeur et sur demande, des informations écrites sur la formation, l'expérience professionnelle ou d'autres qualifications de la personne sélectionnée ou qui a bénéficié à tout le moins d'un entretien. Des droits identiques sont énoncés au bénéfice de celui qui postule une promotion, une formation, un stage<sup>45</sup>. La loi ne prévoit pas selon quelle forme ces informations sont fournies. Il est difficile de se représenter le degré d'effectivité de ces dispositions car, selon nos informations, le nombre de procès pour discrimination jugés en Suède est proche de zéro.

En droit du travail belge, plusieurs procédures de communication d'informations par l'employeur existent, à d'autres fins que celle d'éclairer le travailleur sur une éventuelle discrimination. Ainsi, quelle que soit la nature du contrat et la raison de la fin de celui-ci, un employeur a l'obligation de compléter un certificat de chômage (C4) dans lequel il mentionne sommairement le motif précis de la rupture à destination de l'Office national de l'emploi<sup>46</sup>. Celui-ci, s'il s'estime insuffisamment informé, peut inviter l'employeur à détailler les circonstances qui ont conduit à la rupture<sup>47</sup>. Si le contrat a pris fin par la voie

---

<sup>42</sup> Disponible sur <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1999/si/321/made/en/print>.

<sup>43</sup> Cons. <https://www.employeerescue.co.uk/advice/discrimination/how-to-use-the-questions-procedure-for-discrimination/>.

<sup>44</sup> J. RINGELHEIM, « The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland », *op. cit.*, p. 63, et réf. citées.

<sup>45</sup> Chapitre 2, Section 4 du Discrimination Act (2008 :567), disponible en langue anglaise sur [https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen\\_eng.pdf](https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen_eng.pdf).

<sup>46</sup> Cette obligation est établie par l'article 137 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage. Elle est également mentionnée à l'article 87 de l'arrêté ministériel du 26 novembre 1991 portant les modalités d'application de la réglementation du chômage. Un modèle de formulaire C4 est disponible sur le site de l'ONEm (<https://www.onem.be/fr/formulaires/c4-certificat-de-chomage>).

<sup>47</sup> Art. 139 de l'A.R. du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage.

d'un licenciement, le salarié a, en outre, la faculté de demander à l'employeur la communication par écrit des motifs du licenciement afin de s'assurer que celui-ci n'est pas manifestement déraisonnable<sup>48</sup>.

Une procédure comparable pourrait être aisément mise sur pied dans le domaine de la discrimination. En s'inspirant de la méthode irlandaise ou britannique, le travailleur pourrait, dans un délai et selon des formes à déterminer, transmettre à l'employeur un formulaire standardisé du type du C4 mais dont les rubriques seraient dédiées à la discrimination et comprendraient un espace significatif réservé à la motivation de la décision patronale de ne pas embaucher, ne pas admettre l'inscription à une formation, ne pas attribuer tel avantage salarial, etc. Une autre piste pourrait être une combinaison de la méthode suédoise et de la demande de motifs de licenciement prévue par la convention collective de travail n° 109.

Dans la lignée de l'arrêt *Meister*, l'absence de réponse dans le délai légal pourrait être prise en considération par le juge lorsqu'il s'agit d'apprécier si la partie demanderesse fournit suffisamment d'éléments de nature à présumer une discrimination. De manière plus ambitieuse, un déplacement de la charge de la preuve pourrait être envisagé selon le canevas suivi par l'article 10 de la convention collective de travail n° 109 : passé le délai de rigueur, l'employeur demeuré silencieux a la charge de prouver lui-même les motifs de sa décision.

15. Néanmoins, ce procédé, s'il peut être utile à récolter certaines informations quant aux motifs de la décision de l'employeur, rencontre une limite de taille dans les dispositions protégeant le droit à la vie privée lorsque les informations à produire impliquent des tiers.

La communication de données à caractère personnel de tiers constitue un traitement (art. 4, 2, du RGPD). Cette communication est, sauf exception, tout simplement interdite s'il s'agit de données dites « particulières ». Sont ici visées les données les plus sensibles, celles qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données concernant, entre autres, la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique (art. 9).

Pour les autres données personnelles, le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où l'on se trouve dans l'une des hypothèses visées par l'article 6, 1. L'une d'elles, visée au point a), est le consentement de la personne intéressée. Ainsi, avec l'accord<sup>49</sup> des personnes auditionnées ou embauchées, l'employeur pourrait communiquer leurs *curriculum vitae* aux candidats malheureux. Il faut toutefois être réaliste : cette circonstance ne se rencontre pas aisément. Le point f) (« le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis [...] par un tiers ») est, à première vue, plus adéquat. Mais le texte poursuit : « à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel », ce que le considérant 47 illustre par les circonstances où les personnes concernées ne s'attendent raisonnablement pas à un traitement ultérieur. Cette condition exige une balance des intérêts en présence : d'une part, l'intérêt du plaignant à obtenir les éclaircissements utiles concernant la discrimination qu'il estime avoir subie, d'autre part, l'intérêt du candidat retenu, promu, mieux rémunéré, etc., à voir ses données à caractère personnel protégées. Cette disposition permet donc que l'employeur communique au plaignant des données ne permettant pas l'identification des tiers. En revanche, on ne peut qu'être très réservé quant à la possibilité de communiquer des *curriculum*

---

<sup>48</sup> CCT n° 109 du 12 février 2014 relative à la motivation du licenciement, A.R. du 9 mars 2014.

<sup>49</sup> Sur la manière de recueillir cet accord, cons. O. RIJCKAERT et V. HANQUET, « Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : implications en droit du travail », *op. cit.*, pp. 462-465.

*vitae* à ce stade<sup>50</sup>, en raison de l'atteinte trop importante que, dans la grande majorité des cas, cette communication porterait aux droits des tiers, et ce même si l'on masque leur identité. Il suffit de penser au nombre de fois où, malgré les efforts d'anonymisation des décisions de justice, les lecteurs, certains d'entre eux à tout le moins, sont en mesure d'identifier les protagonistes. L'anonymisation au sens propre est illusoire dans la plupart des hypothèses pour des raisons variées, tenant le plus souvent au faible nombre d'autres candidats ou des travailleurs occupant un poste similaire. Reste le point c) (« le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle [l'employeur] est soumis ») : pourvu qu'une loi lui en fasse l'obligation, l'employeur peut fournir les données. Mais la loi elle-même doit être conforme à l'article 16 du TFUE et à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui garantissent le droit à la protection des données à caractère personnel. Un législateur qui mettrait sur pied une telle procédure informelle serait tenu de prendre en compte le respect de la vie privée des tiers et de mettre leurs données à l'abri d'un traitement inattendu ou imprévisible<sup>51</sup>.

De nombreuses informations qui seraient sollicitées par le biais d'un questionnaire ou d'une autre procédure informelle risquent de se heurter à cet obstacle majeur, dont le sérieux a été reconnu par la Cour de justice<sup>52</sup>.

C'est pourquoi, si la procédure informelle peut être utile à récolter certaines informations, elle ne suffira sans doute pas toujours (ou pas souvent ?) pour passer le cap de la preuve initiale ; il nous semble que l'on gagnerait en efficacité à se tourner vers les diverses institutions étatiques dotées d'un pouvoir d'investigation.

## 2. Les organes étatiques dotés d'un pouvoir d'investigation

### 16. Dans sa quête d'informations, la victime potentielle peut assurément compter sur l'autorité publique.

Certains États ont confié à des organes *ad hoc* des pouvoirs d'enquête contraignants à l'égard des employeurs. En Irlande, par exemple, la *Workplace Relations Commission*, compétente pour statuer sur les plaintes en matière de discrimination, dispose de pouvoirs d'investigation lui permettant de réclamer, sous peine d'amendes<sup>53</sup>, des documents aux parties en litige<sup>54</sup>. Des pouvoirs semblables sont confiés par la loi suédoise aux *Diskrimineringsombudsmannen* (médiateurs pour l'égalité)<sup>55</sup>. En France, le Défenseur des droits, qui peut être saisi par toute personne s'estimant victime d'une discrimination, a un statut très différent de nos Institut pour l'égalité des femmes et des hommes et Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations. Autorité administrative indépendante, le Défenseur des droits dispose de larges pouvoirs d'enquête, à mi-chemin entre ceux d'un inspecteur et ceux d'un magistrat du ministère public. Il peut « recueillir sur les faits portés à sa connaissance toute information qui lui apparaît nécessaire sans que son caractère

<sup>50</sup> Voy. *infra*, n° 19, pour la communication au juge.

<sup>51</sup> Il s'agit ni plus ni moins du respect du principe de loyauté énoncé par l'article 5, § 1<sup>er</sup>, a), du RGPD (C. de TERWANGNE, « Présentation générale du R.G.P.D. et des lois belges relatives à la protection des données », in H. Jacquemin, *Le règlement général sur la protection des données (R.G.P.D./G.D.P.R.) : premières applications et analyse sectorielle*, CUP, vol. 195, Limal, Anthemis, 2020, p. 21).

<sup>52</sup> C.J.U.E., 21 juillet 2011, *Kelly*, C-104/10, précité.

<sup>53</sup> Voy. par exemple *Adjudication officer*, 21 août 2018, *A University Lecturer v A University*, ADJ-00002790, disponible sur <https://www.workplacelrelations.ie/en/cases/2018/august/adj-00002790.html>.

<sup>54</sup> J. RINGELHEIM, « The burden of proof in anti-discrimination proceedings. A focus on Belgium, France and Ireland », *op. cit.*, p. 62.

<sup>55</sup> Chapitre 4, Section 3 du Discrimination Act (2008 :567), disponible en langue anglaise sur [https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen\\_eng.pdf](https://www.government.se/4a788f/contentassets/6732121a2cb54ee3b21da9c628b6bdc7/oversattning-diskrimineringslagen_eng.pdf). Selon nos informations, ces pouvoirs n'ont été exercés qu'à trois reprises au cours des 10 dernières années.

secret ou confidentiel puisse lui être opposé »<sup>56</sup>. Lorsque ses demandes ne sont pas suivies d'effet, il peut mettre en demeure les personnes intéressées de lui répondre dans un délai qu'il fixe, puis, en cas d'insuccès, saisir le juge des référés pour qu'il ordonne la mesure<sup>57</sup>. Il a la compétence de proposer une transaction pénale<sup>58</sup>. Lorsque la justice est saisie, il n'est pas partie à la cause mais peut formuler des observations en qualité d'*amicus curiae*<sup>59</sup>.

Le droit belge n'est pas en reste et dispose d'une panoplie étendue d'organes prêts à l'emploi, au premier rang desquels l'auditorat du travail (a) et les services d'inspection du travail (b). Le cas échéant, le juge aura aussi un rôle à jouer (c). Des dispositions particulières du RGPD<sup>60</sup> autorisent dans une certaine mesure l'accès de ces autorités aux données personnelles, ce qui permet plus aisément de surmonter les obstacles liés à ce règlement. L'on décrira les pouvoirs existants avant de formuler, en guise de conclusion, une proposition destinée à redynamiser la lutte contre les discriminations.

#### a) L'auditorat du travail

17. Le droit social belge ne se distingue pas uniquement par son modèle de concertation sociale mais également par l'existence d'un auditorat du travail, office spécialisé du ministère public institué auprès des juridictions sociales (art. 152, C. Jud.). Peu de pays peuvent s'enorgueillir de disposer d'une institution comparable. Composante du pouvoir judiciaire, l'auditorat du travail est investi d'une double mission, pénale et civile.

La première signifie qu'il exerce l'action publique, dirige l'enquête, peut faire appel au concours des inspecteurs sociaux et dispose de la qualité d'officier de police judiciaire (art. 9, C. inst. crim.), de sorte qu'il est investi des pouvoirs d'enquête étendus ; à ce titre, il peut exiger, sous la contrainte, la communication d'informations que l'employeur détient en cas de suspicion d'infraction aux lois sur la discrimination.

Dans le cadre de sa mission civile, l'auditeur se voit communiquer, à peine de nullité, toute demande en matière de discrimination fondée sur les lois du 10 mai 2007 et la loi du 30 juillet 1981, dont le tribunal du travail est saisi (art. 764, 12° à 14°, C. Jud.). Il est amené à rendre un avis à l'audience mais peut instruire le dossier en amont. Ses pouvoirs ne sont pas exercés au bénéfice d'une partie, mais dans l'intention de permettre au tribunal de prendre sa décision en étant éclairé au mieux<sup>61</sup>. Il dispose à la fois d'un pouvoir d'investigation général et d'un pouvoir de réquisition spécifique. Le premier lui permet de solliciter de toute personne la communication d'informations sans pouvoir la contraindre de répondre. La production de ces pièces pourra, en revanche, être ordonnée ultérieurement par le juge (voy. *infra*, n° 19). Le défaut de réponse aux questions de l'auditeur pourrait aussi faire partie des éléments que, en application de la jurisprudence *Meister*, le juge pourrait prendre en compte parmi les indices faisant supposer une discrimination. Le second pouvoir est celui de requérir « du ministre ou des institutions ou services publics compétents les renseignements administratifs nécessaires », et ce « dans toutes les contestations qui relèvent de la compétence des juridictions du travail » (art.

<sup>56</sup> Art. 20 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

<sup>57</sup> Art. 21.

<sup>58</sup> Art. 28.

<sup>59</sup> S. LATRAVERSE, « La lutte contre la discrimination au travail par le Défenseur des droits », *Droit social*, 2020, pp. 288 et s.

<sup>60</sup> Not. art. 9, 2, f), art. 14, 5, c), art. 21, 1, art. 23, 1, d), f), et h).

<sup>61</sup> A. SIMON et al., « Droit judiciaire », in *Guide social permanent*, Tome 3 - Droit judiciaire et pénal social, Partie II, Livre I, Titre I-10 - Partie II, Livre I, Titre V, Chapitre II, mis à jour en 2015, n° 100 ; G. KREIT, *Réflexions sur le rôle du ministère public devant les juridictions du travail*, Discours de rentrée de la cour du travail de Liège du 4 septembre 1978, Liège, Cour du travail, pp. 9-18.

138ter, C. Jud.). Si ce pouvoir est limité aux informations de type administratif<sup>62</sup>, il n'est pas confiné aux litiges en droit de la sécurité sociale. Il est par contre cantonné aux administrations au sens large du terme et ne s'étend pas aux particuliers ni aux entreprises<sup>63</sup>.

L'article 138ter s'avère précieux dans les dossiers de discrimination ; l'auditorat peut en effet interpellé un service régional d'emploi afin de connaître l'identité des personnes ayant posé leur candidature à une offre d'emploi ayant transité par celui-ci ; il peut demander à l'Office national de sécurité sociale (ONSS) la liste des « Dimona » (déclaration immédiate de l'emploi) et des « Dmfa » (déclaration multifonctionnelle) d'un employeur, et rassembler une mine d'informations sur l'identité des travailleurs occupés actuellement ou par le passé, les rémunérations et le temps de travail du personnel.

b) *Les inspecteurs sociaux*

18. Le législateur a confié aux fonctionnaires désignés par le Roi<sup>64</sup> (ci-après « les services d'inspection » ou « les inspecteurs sociaux ») la mission d'assurer la surveillance de l'application de la loi. Ce pouvoir de surveillance est encadré par le Code pénal social<sup>65</sup>, en dépit du fait que le législateur a exclu de celui-ci les incriminations en matière de discrimination – qui sont donc restées inscrites dans leurs lois « matière ».

Une précision mérite d'être apportée dès à présent au sujet du domaine d'intervention des inspecteurs sociaux. Seules certaines interdictions de discriminer sont frappées de sanctions pénales ; certaines n'entraînent que des sanctions de nature civile<sup>66</sup>. Néanmoins, alors que, dans les autres domaines, les services de contrôle ne sont compétents pour surveiller l'application d'une disposition que lorsqu'elle est soutenue par une sanction répressive, le droit de la discrimination se présente de manière atypique sur ce point. En effet, les arrêtés royaux désignant les inspecteurs sociaux sont rédigés de manière telle qu'ils peuvent être interprétés comme donnant à ceux-ci le pouvoir de surveiller toutes les dispositions de la loi, y compris celles qui ne sont pas assorties de sanctions pénales. De même, l'article 42/2 du Code, introduit par une loi du 1<sup>er</sup> avril 2022<sup>67</sup>, énonce que « Les inspecteurs sociaux chargés de la surveillance de la législation anti-discrimination et de ses arrêtés d'exécution sont également compétents pour la recherche et la constatation d'actes qui, sans être punissables pénalement, sont interdits par ces lois ». Cette disposition eût assurément mieux trouvé sa place ailleurs que dans le Code pénal social, tant son articulation avec le reste du code est malaisée. Bien entendu, cette compétence élargie n'entraîne pas dans son sillage une extension du pouvoir de dresser un procès-

---

<sup>62</sup> Cass., 24 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 921. Sont visés les renseignements déjà en possession de l'administration et ceux qu'elle aurait pu ou pourrait encore recueillir (M. PATTE, *Code judiciaire et contentieux du droit social*, Discours de rentrée de la cour du travail de Liège du 4 septembre 1972, Liège, Cour du travail, p. 12 ; C. trav. Liège, 13 octobre 1992, *Chron. D.S.*, 1993, p. 133).

<sup>63</sup> G. de LEVAL et F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 254, n° 388.

<sup>64</sup> Trois arrêtés royaux du 24 octobre 2008 désignent divers agents du Contrôle des Lois sociales du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale.

<sup>65</sup> Art. 32, § 1er, al. 2, de la loi « cadre général » ; art. 34 de la loi du 30 juillet 1981 ; art. 38, § 1er, al. 2, de la loi « genre ».

<sup>66</sup> Pour ce qui concerne les relations de travail, alors que la loi du 30 juillet 1981 (art. 23 et 25) et la loi « genre » du 10 mai 2007 (art. 28 et 28/2) punissent la discrimination dans le chef de toute personne, la loi « cadre général » ne la réprime que dans le chef de fonctionnaires (art. 23) (plus exactement, la loi vise les fonctionnaires ou officiers publics, dépositaires ou agents de l'autorité ou de la force publique).

<sup>67</sup> Loi du 1<sup>er</sup> 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, *M.B.*, 24 avril 2022.

verbal ; celui-ci ne se conçoit que dans les hypothèses où il y a une violation d'une disposition sanctionnée pénalement<sup>68</sup>.

La mission première des inspecteurs sociaux est de veiller à ce que les lois soient observées ; elle n'est pas la répression. C'est ainsi que, même dans le cas où les dispositions concernées sont renforcées par une sanction pénale, le contact entre le justiciable et les services d'inspection peut se dérouler dans un contexte non répressif, à savoir l'enquête administrative de pure surveillance.

Que l'on se situe dans le contexte d'une enquête pénale ou d'une enquête simplement administrative, les inspecteurs peuvent, notamment, collecter, selon diverses modalités, des renseignements, autrement dit enquêter. Ils ont accès, par exemple, aux banques de données Dmfa et Dimona de l'ONSS.

Certaines dispositions permettent aux inspecteurs d'exercer une contrainte sur l'employeur tandis que d'autres leur octroient simplement la possibilité de solliciter des renseignements. C'est typiquement le cas des supports d'informations, au sujet desquels une distinction cardinale est opérée par les articles 28 et 29 du Code pénal social. Selon le type de données, les pouvoirs sont plus ou moins intenses. En ce qui concerne les supports d'informations contenant des données énoncées à l'article 28, un inspecteur social est investi du pouvoir de se les faire remettre. Si l'employeur est absent ou ne coopère pas à l'enquête, l'inspecteur peut, à certaines conditions, rechercher lui-même ces supports<sup>69</sup>. L'employeur est obligé de donner suite à l'invitation de l'inspecteur de produire ces supports de données ; à défaut, son refus est un délit, appelé « obstacle à la surveillance », sévèrement puni par l'article 209 du Code pénal social<sup>70</sup>. L'inspecteur social peut aussi faire des copies de ces supports de données, les saisir ou les mettre sous scellés (art. 34 et 35) et en exiger une traduction dans une des langues nationales si elles sont établies dans une autre langue (art. 36). Il a également le pouvoir d'accéder aux systèmes informatiques qui supportent ces données (art. 30 à 33). Les supports dont il s'agit à l'article 28 concernent deux catégories de données. (i) La première est celle des « données sociales », à savoir « toutes données nécessaires à l'application de la législation concernant le droit du travail et le droit de la sécurité sociale » (art. 16, 5°). Les supports d'informations contenant des données sociales ne se réduisent pas aux documents sociaux au sens de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux. Le concept est plus large et vise par exemple les états de prestations et les données des pointeuses que l'employeur utilise pour calculer les salaires et établir les comptes individuels de ses travailleurs, etc.<sup>71</sup>. (ii) La seconde inclut toutes les données autres que sociales pourvu que la loi en impose l'établissement, la tenue ou la conservation (données fiscales, comptables, etc.)<sup>72</sup>.

En revanche, à l'égard des supports de toutes autres données que celles énoncées par l'article 28, le contrôleur social dispose de pouvoirs plus limités, définis par l'article 29 : il peut demander à

---

<sup>68</sup> Art. 64 du Code pénal social.

<sup>69</sup> L'article 29 du Code pénal social s'applique quant à lui à une catégorie résiduaire, les supports d'informations contenant d'autres données, c'est-à-dire ni des données sociales, ni des données que l'employeur est obligé de détenir par l'effet de la loi. Les inspecteurs peuvent uniquement « se faire produire » ces supports d'informations ; ils ne peuvent les « rechercher ». Ces supports ne peuvent pas être saisis ni mis sous scellés (art. 35 et 38) ; le refus de les produire n'est pas constitutif du délit d'obstacle à la surveillance (art. 209, al. 2). Sur la différence entre les pouvoirs visés aux articles 28 et 29, cons. F. KÉFER, *Précis de droit pénal social*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2014, pp.287-294, n° 317-321.

<sup>70</sup> Cass., 21 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 1005. Cons. O. MICHIELS et G. FALQUE, « L'infraction d'obstacle à la surveillance sous le spectre du droit au silence et du droit de ne pas s'auto-incriminer », *Orientations*, 2016, pp. 2-11 ; V. DOOMS, « Het vermoeden van onschuld versus de plicht tot medewerking bij controle van sociale documenten », *RABG*, 2016, pp. 180-184.

<sup>71</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2518/028, p. 160.

<sup>72</sup> Les mesures de contraintes exercées au sujet des supports visés à l'article 28 peuvent être contestées en justice par la voie de l'action créée par une loi du 2 juin 2010 portant des dispositions de droit pénal social. Aucun recours n'est prévu lorsqu'il s'agit des supports visés à l'article 29, puisque les services de contrôle ne disposent d'aucune possibilité de contraindre les concernant.

l'employeur de lui remettre les supports en vue de les examiner, mais il ne peut les rechercher lui-même ; aucun moyen de contrainte ni de pression ne peut être exercé par un inspecteur<sup>73</sup>. Cette limitation s'explique par la volonté du législateur d'éviter la *fishing expedition*, pratique qui consiste à « aller à la pêche aux informations » en exigeant de la partie adverse qu'elle produise des pièces dans l'espoir d'y trouver des arguments à faire valoir. Le législateur a entendu respecter l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui protège le droit au silence et interdit d'imposer à quelqu'un de contribuer à sa propre incrimination<sup>74</sup>.

Pour terminer le panorama des pouvoirs utiles à mettre en évidence une discrimination, il convient de relever que l'inspecteur social a aussi le droit de se faire communiquer par les autres administrations au sens large – un accord de coopération règle les relations avec les autorités régionales – toutes les informations qu'il juge utiles à l'exercice de sa surveillance et les utiliser (art. 55-56).

Enfin, les inspecteurs sociaux sont astreints à une obligation de confidentialité des données sociales à caractère personnel qu'ils ont recueillies (art. 58) et à une obligation de discrétion quant à l'identité du plaignant (art. 59).

Les inspecteurs sociaux peuvent donc, même en dehors de toute plainte de nature pénale, fournir un appui à la victime potentielle d'une discrimination. Par exemple, en cas de suspicion de discrimination salariale, ils peuvent, outre consulter les Dmfa, se faire produire les contrats de travail, avenants, bulletins de paie, calculs des primes des travailleurs comparables ainsi que les tableaux des avancements et promotions, auxquels le travailleur qui se pense victime n'a pas accès.

L'inspecteur social peut rédiger un rapport, qui n'a pas la force probante d'un procès-verbal<sup>75</sup> mais peut être utile au plaignant<sup>76</sup> – on y reviendra dans la conclusion. La Cour de cassation française a ainsi accepté, au titre d'élément laissant supposer l'existence d'une discrimination, le rapport d'un inspecteur du travail dont l'intervention avait été sollicitée par plusieurs salariés, qui se plaignaient d'une discrimination syndicale se traduisant par un retard de carrière. Après avoir constitué un échantillon de salariés placés dans une situation comparable, l'inspecteur avait analysé la situation de chacun à partir de trois critères : l'évolution de la qualification, la classification au moment de l'enquête et le temps moyen entre deux évolutions<sup>77</sup>. L'intervention de l'inspecteur social permet, en outre, de surmonter une importante partie des inconvénients découlant du caractère confidentiel de nombreuses données nécessaires pour établir la discrimination, puisque l'inspecteur est tenu légalement d'en garantir la confidentialité<sup>78</sup>.

On peut toutefois mettre en doute que cette disposition, qui favorise la collecte des éléments de nature à établir une discrimination dans le cadre d'une relation unissant (ou ayant uni) un employeur à son travailleur, ait une utilité lorsqu'il s'agit de rassembler des éléments de preuve d'une discrimination à l'embauche. Par exemple, les *curriculum vitae* des candidats et les notes prises au cours d'un entretien d'embauche ne relèvent pas du concept de données sociales – ils ne sont pas « nécessaires à l'application de la législation concernant le droit du travail et de la sécurité sociale ». À moins qu'une disposition légale impose de les conserver, ils ne font pas non plus partie de la catégorie

---

<sup>73</sup> Le refus de coopérer à l'enquête n'est pas non plus sanctionné par l'article 209.

<sup>74</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-1666/001, p. 121-126 et 130.

<sup>75</sup> Cass. 28 avril 1997, *Pas.*, 1997, p. 516. Sur la différence entre un rapport et un procès-verbal, voy. W. VAN EECKHOUTTE, « Opsporing van sociaalrechtelijke misdrijven », *Sociaal Strafrecht*, Maklu, Anvers, 1998, pp. 200-201.

<sup>76</sup> La communication de ce rapport à d'autres institutions est encadrée par l'article 54 du Code pénal social.

<sup>77</sup> Cass. soc. 15 janvier 2014, n° 12-27.261, *Le droit ouvrier*, 2014, n° 789, p. 289 et note Th. KAPP.

<sup>78</sup> Art. 58, C. Pén. Soc.

des données visées par l'article 28, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup><sup>79</sup>. Puisque les inspecteurs ne disposent pas du droit d'exiger la production des supports d'informations visés à l'article 29, c'est alors plutôt vers le juge qu'il conviendra de se tourner pour tenter de les obtenir.

c) *Le juge*

19. Le juge saisi de l'action tendant à constater, faire cesser ou réparer les conséquences d'une discrimination peut, comme toute juridiction, ordonner aux parties litigantes la production des documents dont elles disposent. L'article 877 du Code judiciaire précise que « lorsqu'il existe des indices sérieux et précis de la détention par une partie ou un tiers, d'un document contenant la preuve d'un fait pertinent, le juge peut ordonner que ce document ou une copie de celui-ci certifiée conforme, soit déposé au dossier de la procédure ».

Cette injonction judiciaire ne peut cependant pas conduire à la *fishing expedition*, autrement dit le demandeur ne peut, par ce biais, partir à la pêche aux informations qui ne sont pas connues, dans l'espoir de trouver des éléments à charge qui viendraient étayer le droit qu'il estime avoir. Les demandes purement exploratoires et spéculatives ne sont pas reçues. « Même pour une partie en manque de preuves, la possibilité d'obtenir des preuves n'est pas sans limite. Il n'existe aucun droit à une instruction générale ou illimitée qui ne doive être étayée ou étoffée »<sup>80</sup>.

Le juge n'est pas obligé d'ordonner la production des pièces. La demande peut d'ailleurs être entravée par le risque de porter une atteinte inutile ou disproportionnée à un droit fondamental. Trois arrêts, l'un de la Cour de cassation, les deux autres de la Cour constitutionnelle, méritent qu'on s'y arrête bien qu'aucun n'ait été prononcé dans le contexte d'une allégation de discrimination.

Dans le premier, s'appuyant sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation énonce notamment que la protection du secret d'affaires d'une partie, garanti par l'article 8, est un intérêt que le juge peut prendre en considération pour décider qu'il ne faut pas communiquer certaines pièces à la partie adverse, notamment celles qui contiennent les informations relatives aux mérites des membres du personnel<sup>81</sup>.

Le second met également en jeu la protection du secret d'affaires. Dans le cours d'un litige porté au Conseil d'État au sujet de la régularité d'un marché public, une entreprise refuse de communiquer à l'auditorat des documents qu'elle estime confidentiels, couverts par le secret d'affaires. La Cour constitutionnelle considère que l'article 22 de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 17 du Pacte international relatif aux

---

<sup>79</sup> Une seconde difficulté résulte du fait que les pouvoirs décrits à l'article 28 s'articulent sur la notion d'employeur et sont conçus en considération de la relation unissant (ou ayant uni) un employeur à son travailleur, notions définies à l'article 16. Le rapport entre un candidat à l'embauche et une entreprise qui recrute n'est pas saisi comme tel par l'article 28, qui n'envisage pas la collecte des supports d'informations dans ce cas de figure. Il est vrai que l'article 28 ne précise pas explicitement que l'obligation de produire les supports d'informations est limitée aux employeurs ; l'économie générale de la disposition, et spécialement ses §§ 2 et 3, ne laissent cependant planer aucun doute. Aucun moyen de contrainte ni de pression ne peut être exercé par un inspecteur en vue de se faire remettre les supports d'informations souhaités.

<sup>80</sup> Anvers, 17 décembre 2019, *P&B/R.D.J.P.*, 2020, p. 21 ; C. trav. Gand, 12 octobre 2020, 2019/AG/55 (discrimination religieuse) ; D. MOUGENOT, « Les « fishing expeditions », toujours aussi peu populaires », *P&B/R.D.J.P.*, 2019, pp. 112-116 et réf. citées.

<sup>81</sup> Cass., 2 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 174 et note E. de LOPHEM, « Couvrez cette pièce que je ne saurais voir ». Voy. aussi les articles XI.332/1, 2° du C. dr. écon. et 871bis du C. Jud., adoptés entre-temps. Le premier prévoit que la protection renforcée du secret d'affaires ne porte pas atteinte à « l'application de règles du droit de l'Union européenne et du droit national exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités » ; le second renforce l'obligation de respecter ces secrets lorsqu'ils ont dû être communiqués dans une procédure judiciaire et donne au juge le pouvoir de modaliser la communication.

droits civils et politiques, serait violé si lois coordonnées sur le Conseil d'État étaient interprétées comme ne permettant pas à cette entreprise d'invoquer la confidentialité de certaines pièces afin d'empêcher leur communication aux parties (B.8.2). Le droit à un procès équitable « doit céder lorsque son application stricte engendrerait une violation manifeste du droit au respect de la vie privée de certaines personnes, en leur faisant courir un risque particulièrement grave et très difficilement réparable » (B.9.2). « Des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles » (B.9.3)<sup>82</sup>.

La troisième affaire débute avec une demande d'intervention psychosociale (formelle et principalement collective) formulée par le personnel d'une zone de police. Le conseiller en prévention procède à une analyse des risques psychosociaux. L'autorité se fonde ensuite sur celle-ci pour prendre une mesure défavorable au chef de zone. Ce dernier assigne en responsabilité civile le conseiller en prévention, à qui il impute des procédés critiquables. Dans le cadre de cette action, il sollicite, sur la base de l'article 877 du Code judiciaire, la production de l'ensemble des éléments et auditions sur lesquels le conseiller en prévention s'est fondé pour établir son rapport. Ce dernier se retranche derrière son secret professionnel pour refuser ; les auditions ne peuvent en effet, selon la loi, être transmises qu'à l'inspecteur du travail et au ministère public<sup>83</sup>.

La Cour constitutionnelle estime que la confidentialité qui entoure les auditions est tout à fait justifiée au regard des objectifs poursuivis par la loi. Toutefois, elle voit un risque de violation du principe de l'égalité des armes, découlant de l'article 6 de la Convention, qui requiert « d'offrir à chaque partie la possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires ». Elle considère que, lorsqu'il est saisi d'une demande de production de documents sensibles, « le juge peut demander que ces documents lui soient remis à lui seul afin qu'il puisse estimer s'ils constituent, ou non, des documents indispensables au respect du principe du contradictoire dans le cadre du litige dont il est saisi, de sorte que ces documents devraient être divulgués, le cas échéant, après avoir été anonymisés ou purgés d'informations qui pourraient aller à l'encontre de droits fondamentaux qu'il estime devoir protéger. Le juge peut également apprécier si, dans les circonstances de l'espèce, le secret professionnel peut constituer un motif légitime susceptible de justifier que certains documents ne puissent être produits »<sup>84</sup>. La Cour estime qu'en l'espèce, la loi, telle qu'elle est libellée, place le chef de zone dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (le conseiller en prévention) puisque les éléments couverts par le secret pourraient constituer des éléments indispensables pour mener à bien son action. Elle constate l'inconstitutionnalité de la disposition si elle est interprétée de la sorte, mais propose une interprétation compatible, qui autorise la production de pièces détenues par le conseiller en prévention et relevant en principe du secret professionnel<sup>85</sup>.

Le procédé préconisé par la Cour constitutionnelle, pour sophistiqué qu'il soit, permet de surmonter bien des écueils s'il est transposé dans les actions en matière de discrimination. En effet, les pièces qui permettraient à la partie demanderesse d'établir une vraisemblance de discrimination contiennent souvent des données tenant à la vie privée de travailleurs étrangers à la cause. La solution décrite par la Cour constitutionnelle a le mérite de respecter la vie privée de ceux-ci. La Cour de cassation française

---

<sup>82</sup> C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.9.3. ; cons. S. JOCHEMS, « De bescherming van het zakengeheim erkend door het Grondwettelijk Hof », *R.A.B.G.*, 2008, p. 389 à 392.

<sup>83</sup> Art. 32quinquiesdecies, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, et 5<sup>o</sup>, de la loi du 4 août 1996.

<sup>84</sup> Sur différents procédés permettant d'anonymiser un document ou de le purger de certaines informations, cons. T. TOREMANS, "GER.W. ART. 877", in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2019, pp. 95-96, n° 74-75.

<sup>85</sup> C.C., 23 janvier 2019, n° 2/2019. Dans le même sens, Gand, 19 septembre 2019, *R.A.B.G.*, 2020, p. 167, note S. HEYNDRIKX.

n'a pas cette retenue et considère, notamment, que le respect de la vie personnelle du salarié et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à ce qu'un juge ordonne à Radio France de communiquer à deux de ses travailleuses – qui allèguent une discrimination salariale – des contrats de travail, bulletins de paie, montants des primes, etc., de douze autres salariés<sup>86</sup>.

20. Le juge peut-il également ordonner la production de documents alors que la procédure fondée sur une discrimination n'est pas encore introduite ? Peut-on concevoir de le saisir d'une action à seule fin de récolter des documents dont la connaissance permettra d'apprécier ses chances de porter en justice une action fondée sur une discrimination ? Certains sont de cet avis<sup>87</sup>, mais des hésitations subsistent dans la jurisprudence<sup>88</sup>.

## Proposition en guise de conclusion

21. La création d'une procédure informelle, inspirée d'expériences étrangères, destinée à recueillir les éléments en possession de l'employeur de nature à entraîner la bascule probatoire, est séduisante mais sans doute insuffisamment efficace ; une telle procédure risque d'empiéter sur la vie privée de tiers, singulièrement des travailleurs, qui ne portent aucune part de responsabilité dans l'éventuelle discrimination reprochée à leur employeur. Or, si le droit à l'égalité et à la non-discrimination est en expansion, il en va de même du droit à la vie privée, qui risque, dans un nombre significatif d'hypothèses, de priver d'effet utile la demande d'informations. D'autres ressources peuvent être trouvées auprès des diverses institutions étatiques dotées d'un pouvoir d'investigation.

Une réflexion nous paraît pouvoir être menée en s'inspirant du savoir-faire développé par les institutions judiciaires dans les procédures de harcèlement. Pour ces dernières, la loi a prévu un dispositif qui permet tout à la fois de récolter des preuves difficiles à obtenir et de garantir la confidentialité des éléments sensibles. Un grand nombre d'éléments est collecté, en amont de la phase judiciaire, par un acteur-clé, le conseiller en prévention aspects psychosociaux. Le rapport de ce dernier synthétise ses constatations et conclusions mais ne contient pas les déclarations des personnes entendues, qui sont couvertes par le secret professionnel. Seuls les contrôleurs sociaux, en cas de contestation, peuvent prendre connaissance de ces déclarations. La confidentialité est respectée au point que même l'auditorat du travail ne les reçoit qu'avec l'accord de la personne entendue<sup>89</sup>.

Une fois le dossier à la disposition de l'auditeur, il lui est encore loisible d'en retirer les éléments qui lui paraissent sensibles et qui ne seront donc portés ni à la connaissance du juge, ni à celle des parties.

---

<sup>86</sup> Cass. soc. 19 décembre 2012, n° 10-20.526. Dans le même sens, C.A. Paris, pôle 6 - ch. 2, 14 janvier 2021, n° 20-03230.

<sup>87</sup> D. MOUGENOT, « Les preuves », in P. Moreau (dir.), *La jurisprudence du Code judiciaire commentée*, vol. IIA, Bruxelles, la Charte, 2021, p. 492 ; N. LABEELW, note sous Civ. Anvers, 15 juin 1999, *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 878 et s. ; T. TOREMANS, "GER.W. ART. 877", *op. cit.*, p. 77, n°s 25-26. Bruxelles, 13 avril 1999, *Rev. Prat. Soc.*, 2000, p. 83 : « Aucune disposition légale n'exclut l'appel contre l'ordonnance du président du tribunal, par laquelle ce dernier, comme juge des référés, ordonne au défendeur en référé de remettre au demandeur en référé la copie de certaines pièces, en manière telle que, par cette ordonnance, le président du tribunal épuise sa saisine et que cette procédure se trouve ainsi achevée ».

<sup>88</sup> Voy. Civ. Bruxelles (fr.), 6 janvier 2016, *Dr. banc. fin.*, 2016, p. 21, qui, sans exclure cette possibilité, ne paraît pas entièrement convaincu : selon le juge, la possibilité d'une demande autonome, à titre principal, n'est pas expressément prévue à l'article 877 du Code judiciaire, qui impose par contre expressément le critère de pertinence, ce qui signifie que la preuve de ce fait doit être utile, en rapport avec un fait litigieux.

<sup>89</sup> Art. 32quinquiesdecies, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup>, et 5<sup>e</sup>, de la loi du 4 août 1996 et art. I-3.33, C. Bien-être.

Tel est le cas, entre autres, lorsqu'il dépose, dans une procédure civile, un dossier répressif classé sans suite concernant le même employeur mais intéressant d'autres victimes.

La jurisprudence permet en outre que des éléments couverts par le secret soient communiqués au juge qui procède lui-même au tri et à l'anonymisation des pièces pouvant être transmises à la partie demanderesse.

- 22.** Il n'existe pas, en cas de procédure pour discrimination, d'équivalent fonctionnel du conseiller en prévention. La récolte préalable des éléments de preuves difficiles d'accès pourrait être confiée soit à un équivalent fonctionnel à créer, soit au contrôleur social. Celui-ci dispose d'atouts importants pour remplir ce rôle : il est doté des pouvoirs légaux pour ce faire, tenu par une obligation de confidentialité et, en outre, rompu au maniement des pièces relatives aux rémunérations, notamment.

L'inspecteur – saisi par la victime potentielle, les organismes qui ont vocation à lutter contre les discriminations<sup>90</sup> ou l'auditorat – établirait un rapport à destination de l'auditorat, rapport qui ne mentionnerait ni les données personnelles ni celles qui relèvent du secret d'affaires. Cette discrétion s'impose à plusieurs titres. Le dossier ne peut contenir d'élément permettant d'identifier les salariés du panel de comparaison<sup>91</sup>. Il convient aussi d'éviter toute instrumentalisation d'une victime par un concurrent de l'employeur, qui pourrait rechercher un accès, par des voies détournées, à des données relevant du secret d'affaires, tels les montants des salaires de certains travailleurs. Néanmoins, afin qu'un contrôle puisse être opéré sur la manière dont les preuves ont été collectées, l'auditorat du travail recevrait, soit d'office, soit à sa demande, à la fois le rapport de l'inspecteur et les données récoltées, y compris les données confidentielles. Rôdé, à travers les dossiers de harcèlement, à sérier les pièces susceptibles de porter atteinte à la vie privée de tiers, l'auditorat est idéalement placé, dans le domaine de la discrimination, pour opérer un contrôle des éléments qu'il convient de ne pas divulguer. C'est lui qui déciderait quelles pièces peuvent être communiquées à la partie plaignante ou à l'organisation qui l'assiste. Dès lors que les enquêtes peuvent être menées dans des hypothèses où, à défaut de texte d'incrimination, aucune infraction n'est susceptible d'être constatée, les lois sur la discrimination pourraient offrir un réceptacle approprié aux dispositions à créer pour encadrer cette procédure, tandis que le Code pénal social, conçu pour les infractions potentielles, ne s'y prête guère.

En combinant de la sorte les moyens d'investigation des services d'inspection et un contrôle de l'auditeur du travail, on augmente les chances d'établir une discrimination apparente – et donc l'effectivité de la protection voulue par les directives – dans le respect de la confidentialité qui s'attache à certaines données.

Une fois l'affaire fixée devant le juge, il est encore loisible à celui-ci d'ordonner la production de documents que le dossier ne contiendrait pas<sup>92</sup>, par exemple ceux qu'il n'était pas au pouvoir des services d'inspection d'obtenir, tout en tenant compte des « intérêts légitimes des personnes concernées »<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> L'on vise par ces termes tout autant ceux que la loi appelle « groupements d'intérêts » que de ceux que la loi appelle « Centre » ou « Institut ». Ces notions sont définies par l'article 4, 2°, et 5°, de la loi générale du 10 mai 2007, par l'article 4, 2°, et 5°, de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie et par l'article 5, 2°, et 4°, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre les discriminations entre les femmes et les hommes.

<sup>91</sup> Art. 58, C. Pén. Soc.

<sup>92</sup> Art. 877, C. Jud.

<sup>93</sup> Not. art. 9, 2, f) et 14, 5, c), du RGPD.

Ces moyens procéduraux paraissent rencontrer les exigences du RGPD ; les limitations aux droits qu'ils entraînent sont soutenues par l'article 23, 1, f, et h, pourvu que, dans chaque cas concret, celles-ci se révèlent nécessaires et proportionnées.

- 23.** Jusqu'à présent, la lutte contre la discrimination ne fait pas partie des priorités des services d'inspection, loin s'en faut. Mais cela pourrait changer. On pourrait s'attendre, au vu de l'accord de gouvernement *De Croo* du 30 septembre 2020<sup>94</sup>, à ce que la lutte contre la discrimination reçoive l'impulsion nécessaire pour faire désormais partie des priorités de ces services ; une politique ambitieuse pourrait conduire à en augmenter les effectifs à cette fin. De la sorte, les contrôles ne seraient plus effectués uniquement à la suite d'une plainte mais pourraient se dérouler dans un cadre préventif, où les inspecteurs sociaux joueraient pleinement leur rôle de conseil tel qu'il est conçu par l'article 21 du Code pénal social.

Les inspecteurs sociaux disposent déjà, dans l'état actuel des textes, de tous les moyens d'action nécessaires. Si ces moyens d'actions sont moins efficaces au stade précoce du recrutement, à défaut pour les inspecteurs d'être à la recherche de données sociales (ou fiscales, comptables, etc.), ils constituent un outil puissant dans la lutte contre les discriminations dans le cadre d'une relation de travail actuelle ou passée.

Deux choses font cependant défaut. Tout d'abord, il resterait à adopter quelques dispositions de nature à modaliser la communication des pièces à et par l'auditeur du travail. Ensuite, ce qui manque le plus aux inspecteurs sociaux, c'est l'expérience dans le domaine de la discrimination, particulièrement sensible puisque leur intervention occasionne des intrusions importantes dans la vie privée de tiers, ce qui est relativement inédit dans le quotidien des inspecteurs sociaux. Il conviendrait bien entendu de former ceux-ci à la matière de la discrimination. L'inspection du travail française a développé une méthodologie de l'enquête propre à ce domaine<sup>95</sup>, aisément transposable en Belgique. Il n'y a aucune raison de penser que ce qui se fait outre-Quévrain n'est pas possible chez nous.

---

<sup>94</sup> pp. 8, 39, 84-86 (disponible sur [https://www.belgium.be/sites/default/files/accord\\_de\\_gouvernement\\_2020.pdf](https://www.belgium.be/sites/default/files/accord_de_gouvernement_2020.pdf)).

<sup>95</sup> Th. KAPP, note sous Cass. soc. 15 janvier 2014, *Le droit ouvrier*, 2014, n° 789, p. 292.