

INTRODUCTION

Les premières dispositions législatives visant à lutter contre la discrimination remontent en Belgique à la fin des années 1970. En 1978, un titre V consacré à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi est inséré dans la loi de réorientation économique¹. Trois ans plus tard, la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie² – la fameuse «loi Moureaux» – est adoptée. Mais le droit de la lutte contre la discrimination a connu, au début des années 2000, une seconde naissance³. Au départ d'une impulsion européenne⁴, les différents législateurs du Royaume ont

¹ Loi du 4 août 1978 (*MB*, 17 août 1978). Ce titre V visait à assurer la transposition des directives relatives à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'emploi, adoptées par les Communautés européennes dans les années 1970. Cf. Directive 75/117/CEE du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (*JO L 45*, 19 février 1975) et Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*JO L 39*, 14 février 1976).

² *M.B.*, 8 août 1981.

³ Le 7 mai 1999, le législateur belge avait par ailleurs adopté la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale (*M.B.* 19 juin 1999). Cette loi – désormais abrogée par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (*M.B.*, 30 mai 2007) – transposait la directive 96/97/CE du Conseil du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (*J.O. L 46*, 17 février 1997) et la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (*J.O. L 14*, 20 janvier 1998). Ces deux dernières directives ont été abrogées par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*J.O. L 204*, 26 juillet 2006).

⁴ Avec le traité d'Amsterdam, conclu en 1997, l'Union européenne s'est vu conférer la compétence d'agir pour combattre toute discrimination fondée non seulement sur le sexe – compétence dont elle disposait déjà depuis le Traité de Rome – mais également la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Cette compétence est désormais inscrite à l'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dès 2000, les institutions européennes ont, sur cette base, adopté la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*J.O. L 180*, 19 juillet 2000) et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (*J.O. L 303*, 2 décembre 2000). Par la suite, deux nouvelles directives ont été adoptées en matière d'égalité entre les

adopté diverses lois, décrets et ordonnances qui ont amplement renouvelé et étendu l'arsenal normatif visant à combattre les discriminations.

Au niveau fédéral, on se souviendra qu'une première loi adoptée en 2003⁵, fut abrogée et remplacée dès 2007 par une nouvelle législation. Depuis lors, le dispositif fédéral de lutte contre la discrimination repose sur trois lois: la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (dite «loi anti-discrimination») ⁶, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (appelée «loi genre») ⁷ et la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (appelée «loi anti-racisme»), qui a été totalement réformée par une troisième loi adoptée le 10 mai 2007⁸. Á cela s'ajoutent, dans les domaines de compétence régionaux et communautaires, les décrets et ordonnance adoptés par les Régions et Communautés, chacune pour ce qui les concerne⁹.

Cette vaste réforme a posé les bases d'une nouvelle approche du droit de la lutte contre la discrimination. Jusque là limité au sexe (et critères apparentés) et aux motifs liés à l'origine visés par la loi anti-racisme (nationalité, prétendue race, couleur de peau, ascendance et origine nationale ou ethnique), l'interdit discriminatoire a été élargi à une liste bien plus vaste de critères, incluant non seulement le handicap, l'âge, la religion ou conviction et l'orientation sexuelle, couverts par le droit de l'Union européenne, mais aussi d'autres caractéristiques comme l'état de santé, la fortune ou encore la conviction syndicale¹⁰. En outre, les domaines d'application de ce droit ont été considérablement élargis et les modalités de la protection étoffées et complexifiées.

femmes et les hommes: la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services (*J.O. L 373*, 21 décembre 2004) et la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (*J.O. L 204*, 26 juillet 2006).

⁵ Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (*M.B.*, 17 mars 2003).

⁶ *M.B.*, 30 mai 2007.

⁷ *M.B.*, 30 mai 2007.

⁸ Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie (*M.B.*, 30 mai 2007).

⁹ La liste des décrets et ordonnances relatifs à la lutte contre la discrimination est trop longue pour être énumérée ici. Voy. le site d'Unia qui recense l'ensemble des textes législatifs pertinents: www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/legislation.

¹⁰ Au niveau fédéral, ces motifs sont couverts par la loi anti-discrimination. Cette loi inclut également parmi les motifs interdits de discrimination l'état civil, la naissance, la conviction politique, la langue, une caractéristique physique ou génétique et l'origine sociale.

Cette législation a donné lieu à une importante production doctrinale¹¹. Elle a également fait l'objet, après quelques années d'application, de plusieurs travaux d'évaluation visant à déterminer dans quelle mesure sa mise en œuvre avait donné les résultats escomptés. Une commission a été mise en place par le gouvernement fédéral pour évaluer l'application et l'effectivité des lois fédérales en la matière. Cette commission a publié un premier rapport en février 2017¹², suivi d'un rapport final rendu public en juin 2022¹³. Ce travail a prolongé celui entrepris par les organismes de promotion de l'égalité¹⁴. Le décret du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances a lui aussi été évalué par des experts, à la demande des autorités flamandes¹⁵.

Ces travaux convergent pour souligner le contraste existant entre les qualités de l'édifice législatif et les difficultés auxquelles se heurte sa mise en pratique.

¹¹ Voy. not. J. VELAERS et J. VRIELINK (dirs.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Maklu, 2003; M. DE VOS et E. BREMS (dirs.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Intersentia, 2004; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX et J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, 2005; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2008; P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Anthémis, 2009; C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, La Charte, Bruges, 2010; J. RINGELHEIM, G. HERMAN et A. REA (dirs.), *Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2015; E. BRIBOSIA, I. RORIVE, S. DROOGHENBROECK (dirs.), *Droit de la non-discrimination: avancées et enjeux*, Bruxelles, Bruylant, 2016; J. RINGELHEIM et P. WAUTELET (dirs.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre la discrimination*, Anthémis, coll. CUP, 2018; D. CASTIAUX (dir.), *Quinze années d'application des lois anti-discrimination*, Anthémis, 2022.

¹² Commission d'évaluation des lois tendant à lutter contre la discrimination, *Premier rapport d'évaluation*, 2017. L'article 52 de la loi anti-discrimination prévoit qu'une évaluation de «l'application et de l'effectivité» de cette loi, ainsi que de la loi genre et de la loi anti-racisme, doit avoir lieu tous les cinq ans à dater de leur entrée en vigueur. Cette évaluation doit être réalisée par les Chambres législatives sur la base d'un rapport présenté par une commission d'experts.

¹³ Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination, *Rapport final. Combattre la discrimination, les discours de haine et les délits de haine: une responsabilité partagée*, 2022 (disponible sur <https://equal.belgium.be/fr/actualites/rapport-final-de-la-commission-devaluation-des-lois-federales-tendant-lutter-contre-la>). Nous précisons que Patrick Wautelet et Julie Ringelheim, co-directeurs de cet ouvrage, étaient membres de cette commission. Patrick Wautelet a exercé la fonction de président et Julie Ringelheim celle de rapportrice de cette commission.

¹⁴ UNIA, *Évaluation. Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (M.B., 30 mai 2007) (loi antiracisme) – Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (M.B. 30 mai 2007) (loi anti-discrimination)*, février 2017; IEFH, *Réalisation d'un état des lieux sur l'application et l'effectivité de la loi genre. Analyse et recommandations*, novembre 2016. Les travaux du réseau d'experts de l'Union européenne sur l'égalité de genre et la non-discrimination méritent aussi d'être mentionnés. À travers leurs rapports réguliers, les experts belges de ce réseau réalisent un suivi des évolutions de cette législation dont ils examinent la conformité avec les exigences du droit de l'Union européenne. Voy. le site www.equalitylaw.eu/country/belgium.

¹⁵ E. CLOOTS, M. SPINOY et J. VRIELINK, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet*, Intersentia, Antwerpen, 2021. Ce décret a également été évalué par Unia: UNIA, *Vlaams Gelijkekansendecreet. Evaluatie*, 2020, disponible à l'adresse www.unia.be/nl/publicaties-statistieken/publicaties/vlaams-gelijkekansendecreet-evaluatie-2021.

À côté de certains succès, comme l'expertise et l'action développées par Unia et par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes (IEFH), pointées par la Commission fédérale d'évaluation, on constate en effet de nombreux écueils. Le dispositif mis en place repose avant tout sur la possibilité de dénoncer les discriminations en justice. Or, divers facteurs entravent l'accès à la justice des victimes dans ce domaine: taux élevé de non-rapportage des discriminations, difficultés persistantes à recueillir des éléments permettant de prouver en justice une discrimination, méconnaissance du droit antidiscriminatoire par certains acteurs institutionnels, caractère souvent limité des réparations et/ou sanctions décidées par les juges lorsqu'une discrimination est reconnue... Tous ces éléments sont documentés dans les rapports d'évaluation précités.

Au-delà, c'est le choix même de faire du recours en justice l'instrument principal de la lutte contre la discrimination qui montre ses limites. Sans nier l'importance de disposer de telles voies de droit, les limites de cette approche méritent d'être pointées: l'action judiciaire est une forme d'intervention réactive, qui permet uniquement de sanctionner *a posteriori* des discriminations déjà commises; son efficacité dépend de la disposition des victimes à signaler les faits subis et à les porter en justice; enfin, sa dimension individuelle – chaque recours vise en principe à faire sanctionner une discrimination donnée frappant une victime déterminée – la rend mal adaptée pour répondre à des pratiques discriminatoires d'ordre structurel ou systémique¹⁶.

De fait, les enquêtes empiriques montrent que les discriminations à l'encontre de certains groupes persistent à un niveau élevé. Pour prendre quelques exemples, une enquête menée en 2019 à l'aide de tests de situation à Bruxelles auprès d'agents immobiliers a montré que dans 20% des cas, les hommes portant un nom à consonance nord-africaine étaient discriminés par rapport aux candidats portant un nom à consonance belge¹⁷. Des tests réalisés sur le marché de l'emploi ont révélé un taux important de discrimination à l'embauche à l'encontre, en particulier, des personnes d'origine étrangère et des travailleurs de plus de 45 ans¹⁸. En matière de

¹⁶ Voy. not. les critiques de Sandra Fredman sur ce modèle de lutte contre la discrimination: S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (2nd ed.), spéc. p. 297 à 299.

¹⁷ Cf. P.-P. VERHAEGHE, M. DUMON, *DiscrimibruX 2019. Discriminatie door vastgoedmakelaars in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in 2019*, Brussel: Vakgroep Sociologie, Vrije Universiteit Brussel, 2019, p. 25.

¹⁸ D'après les tests réalisés dans le cadre du baromètre de la diversité dans l'emploi publié en 2012, une personne d'origine étrangère avait 6,6 points de pourcentage de probabilité en plus de ne pas être invitée à un entretien d'embauche comparée à un candidat d'origine belge (Unia, *Baromètre de la diversité. Emploi*, 2012, p. 73, disponible à l'adresse www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/le_barometre_de_la_diversite_emploi.pdf). Dans le cas des personnes de plus de 45 ans comparées à des candidats plus jeunes, l'écart atteignait 7 à 8 points de pourcentage (*idem*, p. 49). Voy. aussi les enquêtes plus récentes sur la discrimination dans l'emploi réalisées à Gand et à Anvers: S. BAERT, A. DALLE, L. LIPPENS et L. MALFAIT, *Discriminatie op de Gentse arbeidsmarkt anno 2021: rapport*, 2021 et S. BAERT, A. DALLE, L. LIPPENS, L. MALFAIT, A. SHARIPOVA, *Nulmeting discriminatie op de Antwerpse*

genre, une enquête menée en 2016 à la demande de l'IEFH auprès d'un échantillon aléatoire de 930 femmes, a révélé que trois quarts des répondantes déclaraient avoir été confrontées à au moins une forme de discrimination, préjudice, inégalité de traitement ou tension au travail en raison de leur grossesse ou maternité¹⁹.

Ces enquêtes indiquent que la discrimination reste, dans la société belge, une réalité préoccupante²⁰. Devant ce constat, il est plus que jamais nécessaire de réfléchir aux moyens d'améliorer l'effectivité de l'arsenal législatif antidiscriminatoire existant mais aussi de diversifier les modalités de la lutte contre la discrimination, en développant notamment des instruments de prévention de la discrimination et de promotion de l'égalité. Les solutions ne manquent pas pour renforcer les lois et les politiques en la matière. Divers acteurs ont, forts de leur expérience de terrain, proposé des idées intéressantes²¹. Des dispositifs expérimentés dans des domaines particuliers ou à une échelle locale peuvent être riches d'enseignements. L'expérience d'autres États membres peut aussi être source d'inspiration.

Désireux de favoriser un débat sur ces questions éclairé par des analyses rigoureuses, les initiateurs du présent ouvrage ont invité des chercheurs des différentes universités du pays à réfléchir aux moyens de renforcer et diversifier les outils de lutte contre la discrimination. Cinq grandes thématiques ont été privilégiées: (1) les voies possibles pour moderniser la législation et l'adapter à des problématiques émergentes comme la discrimination liée à la digitalisation croissante de notre société; (2) les potentialités des tests de situation et du *mystery shopping* pour constater et prouver la discrimination; (3) l'amélioration de l'accès à la justice des victimes de discrimination à travers les modes non judiciaires de règlement des différends et un

arbeidsmarkt: rapportering, Mimeo, 2021. Mentionnons aussi les études statistiques réalisées par Unia et le SPF Emploi dans le cadre du « monitoring socioéconomique ». Ces études mettent en lumière les inégalités qui frappent les personnes d'origine étrangère sur le marché de l'emploi. Une part de ces inégalités ne peut être expliquée par les caractéristiques des travailleurs. Combinés à d'autres données, ces constats contribuent à révéler l'existence de discriminations (*Monitoring socioéconomique: marché du travail et origine*, 2019, p. 292 à 293 disponible sur www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Monitoring_FR_-_WEB-AS.pdf).

¹⁹ 22% des femmes interrogées dans le cadre de cette enquête indiquaient avoir subi une discrimination directe pour ce motif tandis que 69% rapportaient une discrimination indirecte. Cf. H. VAN HOVE, *Grossesse au travail. Expériences de candidates, d'employées et de travailleuses indépendantes en Belgique*, Rapport 2017, IEFH (disponible sur https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/107_-_grossesse_au_travail_0.pdf). Voy. aussi la précédente étude réalisée à la demande de l'IEFH: L. LEMBRECHTS et E. VALGAEREN, *Grossesse au travail. Le vécu et les obstacles rencontrés par les travailleuses en Belgique. Étude quantitative et qualitative*, IEFH, 2010 (disponible sur https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/40%20-%20Grossesse%20au%20travail_FR.pdf).

²⁰ Cf. récemment W. WINCKELMANS, « Alle lokale praktijktests leggen discriminatie bloot », *De Standaard*, 22 août 2022.

²¹ Voy. not. les 73 recommandations formulées par la Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination dans son rapport final (*supra* note 13).

meilleur accès à la preuve; (4) la diversification des sanctions et le développement des incitations à ne pas discriminer; (5) le déploiement de mesures proactives visant à promouvoir l'égalité et la diversité. Deux séminaires ont été organisés au printemps 2021. Les discussions très riches auxquels ils ont donné lieu ont permis aux auteurs d'affiner leurs analyses dont le fruit est rassemblé dans le présent ouvrage. L'ensemble des contributions a été relu par l'équipe éditoriale. Les positions prises dans chacune des contributions n'engagent bien entendu que leurs auteurs.

Cet ouvrage ne prétend aucunement à l'exhaustivité. D'autres thèmes auraient pu y trouver leur place, comme la question de l'élargissement éventuel des compétences des organismes de promotion de l'égalité²², l'intérêt de la création d'une action collective en matière de discrimination comme il en existe en droit de la consommation²³, ou encore les perspectives qu'offrirait l'instauration, à charge des entreprises, d'une obligation de prévention de la discrimination, qui pourrait s'inspirer du dispositif de prévention des atteintes au bien-être au travail et notamment des risques psycho-sociaux²⁴. Mais nous ne doutons pas que d'autres se chargeront de poursuivre le travail entamé ici.

Avec l'ensemble des auteurs qui ont participé à cet ouvrage, nous espérons que celui-ci apportera une contribution utile au débat public en alimentant la réflexion de manière prospective sur les mesures susceptibles de redynamiser la lutte contre la discrimination.

Julie RINGELHEIM
Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Jogchum VRIELINK
Patrick WAUTELET

²² La Commission européenne a initié une réflexion sur le renforcement du rôle des organismes de promotion de l'égalité dans l'ensemble des pays de l'Union européenne. Elle a adopté, le 22 juin 2018, la Recommandation 2018/951 relative aux normes applicables aux organismes pour l'égalité de traitement (J.O. L 167, 4 juillet 2018). Elle a également annoncé, dans le cadre de son programme de travail de 2022, que des mesures législatives seraient proposées en vue de renforcer le rôle et l'indépendance de ces organismes (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, Programme de travail de la Commission pour 2022, Strasbourg, le 19 octobre 2021, COM(2021) 645 final, p. 13 et Annexe I, p 3).

²³ Pour un point de vue de droit européen sur cette question, voy. S. BENEDI LAHUERTA, «Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging Behind?», *Common Market Law Review*, 2018, n° 55, p. 783 à 818.

²⁴ Voy., à ce sujet, Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination, *Rapport final* (*supra* note 13), p. 206 à 215.

INLEIDING

De eerste wettelijke bepalingen ter bestrijding van discriminatie in België dateren van het einde van de jaren zeventig. In 1978 werd in de wet tot economische heroriëntering¹ een titel V opgenomen die gewijd was aan de gelijke behandeling van vrouwen en mannen op het gebied van arbeidsbetrekkingen. Drie jaar later werd de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden² – de beroemde ‘Wet Moureaux’ – aangenomen. In het begin van de jaren 2000 kende het antidiscriminatierecht echter een tweede geboorte.³ Op basis van een Europese impuls⁴ hebben de verschillende wetgevers

¹ Wet van 4 augustus 1978, BS 17 augustus 1978. Deze titel V was bedoeld om de omzetting te bewerkstelligen van de richtlijnen betreffende de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in werkgelegenheid, die in de jaren zeventig door de Europese Gemeenschappen zijn aangenomen. Zie Richtl. 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers (*Pb.L.* 19 februari 1975, afl. 45) en Richtl. 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (*Pb.L.* 14 februari 1976, afl. 39).

² BS 8 augustus 1981.

³ Voorts heeft de Belgische wetgever op 7 mei 1999 de wet op de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces en de promotiekansen, de toegang tot het zelfstandig beroep en de aanvullende regelingen voor sociale zekerheid aangenomen (BS 19 juni 1999). Deze wet – die nu is ingetrokken bij de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (BS 30 mei 2007) – vormde de omzetting van Richtlijn 96/97/EG van de Raad van 20 december 1996 tot wijziging van Richtl. 86/378/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid (*Pb.L.* 17 februari 1997, afl. 46) en van Richtl. 97/80/EG van de Raad van 15 december 1997 inzake de bewijslast in gevallen van discriminatie op grond van het geslacht (*Pb.L.* 20 januari 1998, afl. 14). De laatste twee richtlijnen zijn ingetrokken bij Richtl. 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (*Pb.L.* 26 juli 2006, afl. 204).

⁴ Met het Verdrag van Amsterdam, dat in 1997 werd gesloten, kreeg de Europese Unie de bevoegdheid om discriminatie te bestrijden, niet alleen op grond van geslacht – een bevoegdheid die zij al had sinds het Verdrag van Rome – maar ook op grond van ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd en seksuele geaardheid. Deze bevoegdheid is nu verankerd in art. 19 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Reeds in 2000 hebben de Europese instellingen Richtl. 2000/43/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming (*Pb.L.* 19 juli 2000, afl. 180) en Richtl. 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (*Pb.L.* 2 december 2000,

van het Koninkrijk diverse wetten, decreten en verordeningen aangenomen die het normatieve arsenaal ter bestrijding van discriminatie ruimschoots hebben vernieuwd en uitgebreid.

Op federaal niveau zal men zich herinneren dat een initiële wet, aangenomen in 2003⁵, in 2007 werd ingetrokken en vervangen door nieuwe wetgeving. Sindsdien is het federale antidiscriminatiesysteem gebaseerd op drie wetten: de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie (bekend als de 'Antidiscriminatiewet')⁶, de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen (bekend als de 'Genderwet')⁷ en de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden (bekend als de 'Antiracismewet'), die volledig werd hervormd door een derde wet die op 10 mei 2007 werd aangenomen.⁸ Daarnaast zijn er, in de materies die onder de gewestelijke en gemeenschapsbevoegdheden vallen, decreten en ordonnanties uitgevaardigd door de gewesten en gemeenschappen, elk wat hun bevoegdheden betreft.⁹

Deze ingrijpende hervorming(en) legde(n) de basis voor een nieuwe benadering van de juridische strijd tegen discriminatie. Voorheen was het verbod op discriminatie beperkt tot het geslacht (en de daarmee samenhangende criteria) en de onder de antiracismewet vallende 'etnische' gronden (nationaliteit, zogenaamd ras, huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming). Sindsdien werd het verbod echter uitgebreid tot een veel ruimere lijst van criteria, waaronder niet alleen handicap, leeftijd, geloof of levensbeschouwing en seksuele geaardheid vallen, die door de EU-regelgeving worden gevisieerd, maar ook andere kenmerken zoals gezondheidstoestand, vermogen of syndicale overtuiging.¹⁰ Bovendien zijn

afl. 303) aangenomen. Vervolgens werden twee nieuwe richtlijnen aangenomen op het gebied van de gelijkheid van vrouwen en mannen: Richtl. 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten (*Pb.L.* 21 december 2004, afl. 373) en Richtl. 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking) (*Pb.L.* 26 juli 2006, afl. 204).

⁵ Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding, *BS* 17 maart 2003.

⁶ *BS* 30 mei 2007.

⁷ *BS* 30 mei 2007.

⁸ Wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, *BS* 30 mei 2007.

⁹ De lijst van decreten en verordeningen in verband met antidiscriminatie is te lang om hier te worden opgesomd. Zie de website van Unia voor een lijst van alle relevante wetgeving: www.unia.be/nl/wetgeving-aanbevelingen/wetgeving.

¹⁰ Op federaal niveau vallen deze gronden onder de Antidiscriminatiewet. Deze wet rekent ook burgerlijke staat, geboorte, politieke overtuiging, taal, een fysieke of genetische eigenschap en sociale afkomst tot de verboden gronden voor discriminatie.

de domeinen waarin dit recht toepassing vindt, aanzienlijk verruimd en zijn de handhavingsmodaliteiten uitgebreid en complexer geworden.

Deze wetgeving heeft aanleiding gegeven tot een aanzienlijke hoeveelheid literatuur.¹¹ Ze is bovendien het voorwerp geweest, na enkele jaren van toepassing, van verscheidene evaluaties om na te gaan in welke mate de toepassing ervan de verwachte resultaten heeft opgeleverd. Zo stelde de federale regering een commissie in om de toepassing en de doeltreffendheid van de federale discriminatiewetten te evalueren. Deze commissie heeft in februari 2017 een eerste verslag gepubliceerd¹², gevolgd door een eindverslag dat in juni 2022 wereldkundig is gemaakt.¹³ Deze werkzaamheden lagen in het verlengde van de inspanningen van gelijkheidsorganen.¹⁴ Ook het decreet van 10 juli 2008 houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingbeleid werd op verzoek van de Vlaamse overheid door deskundigen geëvalueerd.¹⁵

- ¹¹ Zie in het bijzonder. J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu 2003; M. DE VOS en E. BREMS (dirs.), *De Wet Bestrijding Discriminatie in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2004; D. DE PRINS, S. SOTTIAUX en J. VRIELINK, *Handboek Discriminatierecht*, Mechelen, Kluwer, 2005; C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge, die Keure, 2008; P. WAUTELET (ed.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Limal, Anthemis, 2009; C. BAYART, S. SOTTIAUX en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Brugge, die Keure, 2010; J. RINGELHEIM, G. HERMAN en A. REA (eds.), *Politiques antidiscriminatoires*, LLN, De Boeck, 2015; E. BRIBOSIA, I. RORIVE en S. DROOGHENBROECK (eds.), *Droit de la non-discrimination: avancées et enjeux*, Brussel, Bruylant, 2016; J. RINGELHEIM en P. WAUTELET (eds.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre la discrimination*, Anthémis, 2018; D. CASTIAUX (ed.), *Quinze années d'application des lois anti-discrimination*, Limal, Anthémis, 2022.
- ¹² Commissie voor de evaluatie van de federale antidiscriminatiewetten, *Eerste evaluatieverslag*, 2017. Art. 52 van de Antidiscriminatiewet bepaalt dat de "toepassing en de doeltreffendheid" van die wet, alsook van de genderwet en de antiracismewet, om de vijf jaar na de inwerking-treding ervan moeten worden geëvalueerd. Het artikel schrijft verder voor dat deze evaluatie wordt verricht door de wetgevende kamers op basis van een verslag dat wordt voorbereid door een commissie van deskundigen.
- ¹³ Commissie voor de evaluatie van de federale antidiscriminatiewetten, *Eindverslag. Bestrijding van discriminatie, haatboodschappen en haatmisdrijven: een gedeelde verantwoordelijkheid*, 2022 (beschikbaar op <https://equal.belgium.be/nl/nieuws/eindverslag-van-de-commissie-voor-de-evaluatie-van-de-federale-antidiscriminatiewetten>). Patrick Wautelet en Julie Ringelheim, mederedacteuren van dit boek, waren lid van deze commissie. Patrick Wautelet fungeerde als voorzitter en Julie Ringelheim als verslaggever van de commissie.
- ¹⁴ UNIA, Evaluatie wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden, BS 30 mei 2007 (Antiracismewet), wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie, BS 30 mei 2007 (Antidiscriminatiewet), februari 2017; IGVM, Stand van zaken inzake toepassing en doeltreffendheid van de Genderwet. Analyse en aanbevelingen, 2018. Ook het werk van het EU-netwerk van deskundigen inzake gendergelijkheid en non-discriminatie is vermeldenswaard. Via hun regelmatige verslagen volgen de Belgische deskundigen van dit netwerk de ontwikkelingen van deze wetgeving en gaan zij na of zij in overeenstemming is met de eisen van de EU-wetgeving. Zie www.equalitylaw.eu/country/belgium.
- ¹⁵ E. CLOOTS, M. SPINOY en J. VRIELINK, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansen-decreet*, Antwerpen, Intersentia, 2021. Dit decreet is ook geëva-

Deze analyses benadrukken allemaal het contrast tussen de intrinsieke kwaliteiten van de bestaande wetgeving en de moeilijkheden die zich voordoen bij de implementatie ervan. Naast bepaalde successen, zoals de door de federale evaluatiecommissie benadrukte expertise en acties van Unia en van het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (IGVM), zijn er ook veel valkuilen. Het wettelijke systeem dat in het leven werd geroepen, is vooral gebaseerd op de mogelijkheid om discriminatie voor de rechter aan te klagen. Verschillende factoren belemmeren in de discriminatiecontext echter de toegang tot de rechter voor veel slachtoffers: er is een hoog percentage slachtoffers dat geen melding doet van discriminatie; er zijn structurele problemen bij het verzamelen van bewijsmateriaal om discriminatie voor de rechter te bewijzen, er is een gebrek aan kennis van de antidiscriminatiewetgeving bij bepaalde institutionele actoren; de aard van de compensaties en/of sancties waartoe rechters besluiten wanneer discriminatie wordt erkend, is vaak beperkt enzovoort. Al deze elementen blijken uit de evaluatieverslagen waarnaar reeds werd verwezen.

Bovendien is de keuze om een juridische vordering naar voren te schuiven als belangrijkste instrument in de strijd tegen discriminatie, niet zonder risico. Zonder het belang van procedures voor de rechter te ontkennen, zijn er ook belangrijke beperkingen verbonden aan deze aanpak: vorderingen in rechte zijn een vorm van ‘reactieve’ oplossing die alleen toelaten om reeds gepleegde discriminatie *a posteriori* te bestraffen; de doeltreffendheid ervan hangt af van de bereidheid van slachtoffers om aangifte te doen van de feiten waarvan zij het slachtoffer zijn geweest en ook om deze voor de rechter te brengen; de individuele aard ervan – elke vordering is in beginsel gericht op het bestraffen van één welbepaalde discriminatie waarvan één persoon het slachtoffer was – maakt rechtsvorderingen weinig geschikt om te reageren op discriminerende praktijken met een structureel of systemisch karakter.¹⁶

Uit empirisch onderzoek blijkt immers dat bepaalde groepen het voorwerp blijven van frequente discriminatie. Om een paar voorbeelden te geven: uit een onderzoek bij makelaars in Brussel in 2019 met behulp van praktijktesten bleek dat in 20% van de gevallen mannen met een Noord-Afrikaans klinkende naam werden gediscrimineerd ten opzichte van sollicitanten met een Belgisch klinkende naam.¹⁷ Testen op de arbeidsmarkt brachten aan het licht dat er bij aanwervingen veel wordt gediscrimineerd, met name tegen mensen van buitenlandse afkomst

leerd door Unia: UNIA, *Vlaams Gelijkekansendecreet. Evaluatie*, 2020, beschikbaar op www.unia.be/nl/publicaties-statistieken/publicaties/vlaams-gelijkekansendecreet-evaluatie-2021.

¹⁶ Zie in het bijzonder de kritiek van Sandra Fredman op dit antidiscriminatiemodel: S. FREDMAN, *Discrimination Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (2nd ed.), m.n. 297-299.

¹⁷ Zie P.-P. VERHAEGHE en M. DUMON, *Discrimibruux 2019. Discriminatie door vastgoedmakelaars in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in 2019*, Brussel: Vakgroep Sociologie, Vrije Universiteit Brussel, 2019, 25.

en werknemers ouder dan 45 jaar.¹⁸ Praktijktesten die tussen 2020 en 2022 op eigen initiatief in verschillende gemeenten van het Vlaams Gewest zijn verricht, leidden tot soortgelijke resultaten: mensen met ‘niet-Vlaams’ klinkende namen worden sterk gediscrimineerd op de woningmarkt (evenals mensen met een handicap) en op de arbeidsmarkt (evenals, op dit gebied, oudere werknemers).¹⁹ Wat gender betreft, bleek uit een enquête die het IGVM in 2016 liet uitvoeren onder een willekeurige steekproef van 930 vrouwen dat driekwart van de respondenten meldde ten minste één vorm van discriminatie, vooroordelen, ongelijke behandeling of spanningen op het werk te hebben ondervonden vanwege hun zwangerschap of moederschap.²⁰

Uit deze enquêtes blijkt dat discriminatie een zorgwekkende realiteit blijft in de Belgische samenleving. Gelet hierop is het meer dan ooit noodzakelijk om na te denken over manieren om de doeltreffendheid van het bestaande wetgevingssenaal ter bestrijding van discriminatie te verbeteren, maar ook om de methoden ter bestrijding van discriminatie te diversifiëren, met name door instrumenten te ontwikkelen ter voorkoming van discriminatie en ter (proactieve) bevordering van gelijkheid. Er is geen gebrek aan oplossingen om de wetgeving en het beleid op dit gebied te versterken. Verschillende actoren hebben op basis van hun erva-

¹⁸ Volgens de testen die werden uitgevoerd in het kader van de in 2012 gepubliceerde Diversiteitsbarometer Werk, had een persoon van buitenlandse afkomst 6,6% meer kans om niet te worden uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek in vergelijking met een kandidaat van Belgische herkomst (Unia, *Diversiteitsbarometer. Werk*, 2012, 73, beschikbaar op www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/de_diversiteitsbarometer_werk_0.pdf). In het geval van 45-plussers bedroeg het verschil maar liefst 7 tot 8 procentpunten in vergelijking met jongere kandidaten (*idem*, 49). Vermeldenswaard zijn ook de statistische studies die door Unia en de FOD Werkgelegenheid zijn uitgevoerd in het kader van de ‘socio-economische monitoring’. Deze studies belichten de ongelijkheden waarmee mensen van buitenlandse afkomst op de arbeidsmarkt te maken hebben. Sommige van deze ongelijkheden kunnen niet worden verklaard door de kenmerken van de werknemers. In combinatie met andere gegevens helpen deze bevindingen het bestaan van discriminatie aan het licht te brengen (*Socio-economische monitoring: arbeidsmarkt en origine*, 2019, 292-293 beschikbaar op www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/UNIA_Monitoring_2019_-_NL_-_web-AS.pdf).

¹⁹ Zie in het bijzonder S. BAERT, A. DALLE, L. LIPPENS en L. MALFAIT, *Discriminatie op de Gentse arbeidsmarkt anno 2021: rapport*, 2021 en S. BAERT, A. DALLE, L. LIPPENS, L. MALFAIT en A. SHARIPOVA, *Nulmeting discriminatie op de Antwerpse arbeidsmarkt: rapportering*, Mimeo, 2021. Voor een samenvatting van de bevindingen van deze enquêtes, zie W. WINCKELMANS, “Alle lokale praktijktests leggen discriminatie bloot”, *De Standaard*, 22 augustus 2022.

²⁰ 22% van de in dit onderzoek ondervraagde vrouwen maakte melding van directe discriminatie op deze grond, terwijl 69% indirecte discriminatie meldde. Zie H. VAN HOVE, *Zwanger aan het werk. De ervaringen van sollicitanten, werkneemsters en zelfstandige ondernemers in België*, Verslag 2017, IGVM (beschikbaar op https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/107_-_zwanger_aan_het_werk_0.pdf). Zie ook de vorige studie in opdracht van het IGVM: L. LEMBRECHTS en E. VALGAEREN, *Zwanger aan het werk. De ervaringen van werkneemsters in België. Kwantitatieve en kwalitatieve studie*, IGVM, 2010 (beschikbaar op https://igvm-iefh.belgium.be/sites/default/files/downloads/40%20-%20Zwanger%20op%20het%20werk_NL.pdf).

ring in het veld interessante ideeën geopperd.²¹ Er kan veel worden geleerd van mechanismen waarmee in bepaalde contexten of op lokaal niveau is geëxperimenteerd. Ook de ervaringen van andere lidstaten kunnen een bron van inspiratie zijn.

Om een debat over deze kwesties op basis van een grondige analyse aan te moedigen, hebben de initiatiefnemers van dit boek onderzoekers van verschillende universiteiten in het land uitgenodigd om na te denken over de wijze waarop de instrumenten ter bestrijding van discriminatie kunnen worden versterkt en gedi-versifieerd. Er werden vijf hoofdthema's gekozen: (1) mogelijke manieren om de wetgeving te moderniseren en aan te passen aan nieuwe vraagstukken, zoals discriminatie in verband met de toenemende digitalisering van onze samenleving; (2) het nut van praktijktesten en '*mystery shopping*' om discriminatie vast te stellen en te bewijzen; (3) verbetering van de toegang tot het recht voor slachtoffers van discriminatie via buitengerechtelijke geschillenbeslechting en betere toegang tot bewijsmateriaal; (4) diversificatie van sancties en ontwikkeling van stimulansen om niet te discrimineren; (5) proactieve maatregelen ter bevordering van gelijkheid en diversiteit. In het voorjaar van 2021 werden twee seminars gehouden. De rijke discussies die toen hebben plaatsgevonden stelden de auteurs in staat hun analyses te verfijnen, waarvan de resultaten in dit boek worden gepresenteerd. Alle bijdragen zijn door het redactieteam beoordeeld. De standpunten die in elk van de bijdragen worden ingenomen, zijn uiteraard uitsluitend voor rekening van de auteurs.

Dit boek heeft niet de ambitie om de onderzochte vragen voor eens en voor altijd te beantwoorden. Ook hadden andere onderwerpen aan bod kunnen komen, zoals de kwestie van de mogelijke uitbreiding van de bevoegdheden van organen voor de bevordering van gelijke behandeling²², het belang van de invoering van een collectieve actie in discriminatiezaken, zoals het reeds bestaat in het consumentenrecht²³, of de voordelen die zouden voortvloeien uit de invoering van een verplichting voor ondernemingen om discriminatie te voorkomen, waarbij

²¹ Zie met name de 73 aanbevelingen die de Commissie voor de evaluatie van de federale antidiscriminatieloven in haar eindverslag heeft gedaan (*supra* vn. 13).

²² De Europese Commissie heeft het initiatief genomen om na te denken over de versterking van de rol van de organen voor de bevordering van gelijke behandeling in alle EU-landen. Op 22 juni 2018 heeft zij Aanbev. 2018/951 betreffende normen voor organen voor gelijke behandeling aangenomen (*Pb.L.* 4 juli 2018, afl. 167). Ook kondigde zij in het kader van haar werkprogramma voor 2022 aan dat wetgevingsmaatregelen zouden worden voorgesteld om de rol en de onafhankelijkheid van deze organen te versterken (Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Werkprogramma van de Commissie voor 2022. Europa sterker maken, Straatsburg, 19.10.2021, COM(2021)645 final, 13 en bijlage I, 3).

²³ Voor een Europeesrechtelijk perspectief op deze vraag, zie S. BENEDI LAHUERTA, "Enforcing EU Equality Law through Collective Redress: Lagging Behind?", *Common Market L. Rev.*, 2018, nr. 55, 783-818.

inspiratie zou worden gezocht in het systeem ter voorkoming van inbreuken op het welzijn op het werk en met name psychosociale risico's.²⁴ Maar wij twijfelen er niet aan dat anderen de taak op zich zullen nemen om het hier begonnen werk voort te zetten.

Samen met alle auteurs die aan dit boek hebben bijgedragen, hopen wij dat het een nuttige bijdrage zal leveren aan het publieke debat, door reflectiemateriaal te bieden over maatregelen die de strijd tegen discriminatie nieuw leven kunnen inblazen.

Julie RINGELHEIM
Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Jogchum VRIELINK
Patrick WAUTELET

²⁴ Zie, in dit verband, Commissie voor de evaluatie van de federale antidiscriminatiewetten, *Eindverslag* (*supra* vn. 13), 206-215.



**MODERNISER LA LÉGISLATION ET
PENSER DES PROBLÉMATIQUES
NOUVELLES**

**NAAR EEN UPDATE VAN DE
WETGEVING, MET AANDACHT
VOOR NIEUWE VRAAGSTUKKEN**



UNE LOI PLUTÔT QUE TROIS ? RETOUR CRITIQUE SUR LES CHOIX INITIAUX

EÉN WET IN PLAATS VAN DRIE? EEN KRITISCHE TERUGBLIK OP DE INITIËLE KEUZES

Sebastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)

Assesseur au Conseil d'état

1. Le droit antidiscriminatoire belge n'est pas, loin s'en faut, un *corpus juris* unifié, mais tout au contraire une mosaïque de textes législatifs et réglementaires.

Sans qu'il faille apercevoir une quelconque connotation péjorative à l'usage d'un tel vocable, pareille « fragmentation » s'explique et se justifie, tout d'abord, par une donnée fédérale. Ainsi qu'il a été progressivement mis en lumière¹ par la jurisprudence constitutionnelle – celle de la Cour constitutionnelle et de la Section de législation du Conseil d'État –, la lutte contre la discrimination n'est pas une « matière en soi », confiée à la compétence exclusive d'un et d'un seul législateur, mais bien une compétence partagée entre l'État², les Communautés³

¹ Sur cette question, voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruges, La Charte, 2008, p. 101 et suiv.

² Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (ci-après « loi anti-discrimination »); loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes (ci-après « loi genre »); loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (ci-après « loi anti-racisme »).

³ Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations; décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination; décret de la Communauté flamande du 10 juillet 2008 portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement; décret de la Communauté flamande du 8 mai 2002 relatif à la participation proportionnelle sur le marché de l'emploi; décret de la Commission communautaire française du 9 juillet 2010 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement.

et les Régions⁴, chacune de ces collectivités étant appelée à adopter les dispositifs antidiscriminatoires souhaités par elle ou requis par l'Europe, dans ses propres domaines de compétence.

La fragmentation caractérise également, dans certains cas, la manière dont chacune des collectivités précitées a construit son propre droit antidiscriminatoire. Certaines d'entre elles ont privilégié un texte unique, à l'instar, par exemple, de la Communauté germanophone⁵, de la Communauté française⁶ ou de la Commission communautaire française⁷. D'autres ont privilégié la multiplicité: tel fut le cas de la Communauté flamande⁸ ou de la Région de Bruxelles-Capitale.

2. La législation fédérale du 10 mai 2007 – qui est la seule à laquelle seront consacrées les lignes qui suivent – repose sur le choix légistique – car il s'agissait d'un choix – en faveur de ce que l'on appellera une «multiplicité ordonnée». Ce furent trois lois, plutôt qu'une, mais avec un fort travail d'harmonisation et de coordination de départ, et la promesse d'une «évolution en symbiose» pour la suite.

Le fait est, cependant, que cette promesse n'a pas été totalement tenue, en sorte que la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination, dans son premier rapport daté de 2017, invitait à un retour critique sur les choix initialement posés. Pour reprendre les termes de ce premier rapport:

«La Commission se propose de poursuivre la réflexion sur la cohérence générale du dispositif législatif lors de la deuxième phase de ses travaux. Elle entend examiner

⁴ Décret de la Région wallonne du 6 novembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination; ordonnance du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise; ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi; ordonnance du 17 juillet 2003 portant Code bruxellois du Logement; ordonnance du 5 octobre 2017 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination et à promouvoir l'égalité de traitement; ordonnance-cadre du 25 avril 2019 visant à assurer une politique de diversité et de lutte contre les discriminations au sein de la fonction publique locale bruxelloise. S'agissant de la Commission communautaire commune, voy. l'ordonnance du 30 juin visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans les institutions, centres et services relevant de la compétence de la Commission communautaire commune ainsi que dans les Services du Collège réuni de la Commission communautaire commune.

⁵ Décret de la Communauté germanophone du 19 mars 2012 visant à lutter contre certaines formes de discrimination.

⁶ Décret de la Communauté française du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations.

⁷ Décret de la Commission communautaire française du 9 juillet 2010 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement.

⁸ Pour ce qui concerne l'articulation entre le décret du 8 mai 2002 et le décret du 10 juillet 2008, voy. E. CLOOTS, M. SPINOY et J. VRIELINK, *Gelijk zijn versus gelijk krijgen. Een juridische evaluatie van het Vlaamse Gelijkekansendecreet*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 29 à 30.

plusieurs pistes, de la codification générale du droit de la lutte contre les discriminations à une révision des différentes législations en vue de garantir une meilleure cohérence »⁹.

3. La présente contribution s'inscrita dans la réflexion précitée. Il s'agira, dans un premier temps, de retracer les motifs et perspectives qui, en 2007, avaient justifié la formule du triptyque législatif (*infra* I). On examinera, dans un second temps, quelles pourraient être les raisons de changer de cap... ou pas (*infra* II).

I. LES MOTIFS INITIAUX¹⁰

4. L'exposé des motifs¹¹ commun de la «loi anti-racisme», de la «loi genre» et de la «loi anti-discrimination» assignaient à la réforme du 10 mai 2007 cinq objectifs, étroitement corrélés entre eux : la mise en conformité du droit fédéral avec le droit communautaire de la lutte contre la discrimination ; la mise en œuvre des suites directes et indirectes de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle (ex-Cour d'arbitrage) à propos de la loi du 25 février 2003 ; la réalisation d'une plus grande clarté dans la répartition des attributions en matière de lutte contre la discrimination au sein de la Belgique fédérale ; l'amélioration de l'effectivité des normes dédiées à cette lutte ; et enfin l'obtention d'une meilleure coordination entre les divers dispositifs du droit fédéral de la lutte contre la discrimination. Il apparaissait, en effet, que ce droit reposait *de lege lata* sur une ensemble de dispositifs parcellaires, peu ou mal articulés entre eux, et caractérisés par des différences d'approches conceptuelles et juridiques qui n'avaient *a priori* pas d'autre raison d'être que la pluralité de leurs auteurs et la dispersion des moments de leur rédaction.

5. Au titre de ses « orientations » et lignes de force de la refonte législative¹², le législateur du 10 mai 2007 retenait donc, fort logiquement, outre « la conservation de l'acquis », l'« harmonisation » dans la mesure « de ce que permettaient la correcte exécution des directives communautaires et le souci de praticabilité des législations élaborées », et ce, au niveau des concepts utilisés,

⁹ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination, Premier rapport d'évaluation (février 2017), p. 28, consultable sur www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Commission_dévaluation_de_la_législation_fédérale_relative_à_la_lutte_contre_les_discriminations.pdf. S'agissant de la position adoptée dans le Rapport « final » de la Commission d'évaluation, voy. *infra*, dans les conclusions de la présente contribution.

¹⁰ Sur cette question, voy. J. TOJEROW, «La réforme du 10 mai 2007: motifs et orientation», *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruges, die Keure, 2008, p. 5 et suiv.

¹¹ Voy. *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-2720/1, p. 5 et suiv.

¹² *Ibid.* p. 10 et suiv.

du champ d'application matériel des législations élaborées, des dispositifs civils et procéduraux de la lutte contre la discrimination et du volet pénal de la lutte contre les discriminations. Autre ligne de force, étroitement liée à celle de l'harmonisation : la « coordination ».

Il est à noter que l'harmonisation/coordination ainsi promue était, dans l'esprit du législateur, enracinée dans deux fondements juridiques qui la rendaient, non pas simplement souhaitable d'un point de vue esthétique et formel, mais plus encore impérative sur le fond¹³. Il y avait, d'une part, l'exigence européenne « d'équivalence juridictionnelle », autrement appelée « principe d'assimilation », tirée du droit primaire de l'Union. En substance, cette exigence impose de conférer aux règles nationales destinées à mettre en œuvre le droit de l'Union un traitement non moins favorable que celui dont jouissent les règles nationales de souche purement interne. Il y avait, d'autre part, les exigences constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination. L'exposé des motifs tire en effet de l'arrêt n° 157/2004 rendu le 6 octobre 2004 par la Cour constitutionnelle, le principe selon lequel les victimes de discrimination doivent *a priori* recevoir une égale protection de la loi¹⁴. Cela ne signifie pas que les régimes juridiques applicables doivent être totalement identiques à tous les points de vue. « Néanmoins », poursuit l'exposé des motifs, « les différences de traitement qui pourraient exister entre les différents régimes juridiques doivent être susceptibles de *justification objective et raisonnable*¹⁵. L'on notera que pareil principe d'égalité est sous-jacent à la réponse que la Cour constitutionnelle apporta, dans son arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, à plusieurs des innombrables moyens d'annulation qui avaient été déployés à l'encontre de la réforme du 10 mai 2007¹⁶. On y trouve encore une allusion explicite dans un avis n° 52.563/AG donné le 15 janvier 2013¹⁷ par le Conseil d'État, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir par la suite. En l'occurrence, l'assemblée générale de la Section de législation estima que le cantonnement de la répression des délits de *hate speech* portés par « loi genre » aux seuls domaines relevant de la compétence fédérale, était un « retrait » par rapport à la situation juridique préexistante¹⁸. Ce retrait, que ne rendait pas nécessaire la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, était tout au contraire critiquable d'un double point de vue, en tant qu'il n'affectait que la loi genre, et non, parallèlement, la loi anti-racisme et la loi anti-discrimination : au regard

¹³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵ *Ibid.*, o. 10.

¹⁶ CC, n° 17/2009, 12 février 2009. Voy. not les points B.13 à B.14.8.

¹⁷ Avis n° 52.563/AG donné le 15 janvier 2013 tendant à réprimer certains actes inspirés par le sexisme, consultable sur www.raadvst-consetat.be.

¹⁸ Selon l'art. 27, 1°, de la loi genre du 10 mai 2007, en sa version de l'époque (inchangée depuis lors, « Est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante euros à mille euros, ou de l'une de ces peines seulement : 1° quiconque, dans l'une des circonstances visées à l'article 444 du Code pénal, incite à la discrimination à l'égard d'une personne, en raison de son sexe, et ce, même en dehors des domaines visés à l'article 6; (...) » (notre accent).

« du principe d'égalité des victimes de discrimination, d'une part, et au regard de l'obligation positive contenue à l'article 11bis de la Constitution, de l'autre »¹⁹.

6. Selon l'exposé des motifs communs des lois du 10 mai 2007²⁰, la refonte du droit fédéral de l'anti-discrimination, pareillement mue par un objectif d'harmonisation/coordination, aurait théoriquement pu emprunter deux voies distinctes : la promulgation d'un « Code » de l'anti-discrimination unique, ou la rédaction de lois distinctes portant chacune sur un ou plusieurs types de discrimination. C'est la seconde option qui fut retenue, pour des motifs qu'il est intéressant de reproduire *in extenso* :

« L'option d'un 'Code' général de l'anti-discrimination présente d'incontestables avantages. L'unification de la législation en facilite l'accès, notamment par les victimes de discrimination. Elle rend également possible la production d'une jurisprudence transversale, porteuse d'enseignements communs applicables à toutes les formes de discrimination. Elle permet enfin l'appréhension la plus adéquate du phénomène des discriminations 'multiples', ou encore, 'complexes', par quoi l'on vise la situation où des personnes subissent une discrimination en raison de plusieurs caractéristiques qui leur sont propres (genre, convictions religieuses, race ou origine ethnique, ...) »

Malgré ces indubitables avantages, le gouvernement a cependant estimé que la seconde solution – rédaction de lois distinctes – est préférable, pour de multiples raisons. Tout d'abord, et à la faveur des travaux préparatoires de la loi du 25 février 2003, est apparu un fort courant de pensée affirmant que la problématique de la discrimination de genre appelait un traitement distinct par rapport aux autres formes de discrimination. Le législateur a d'ores et déjà conféré à ce courant de pensée une traduction institutionnelle : la création de l'Institut pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes. Ensuite, et sur un plan plus technique, il apparaît que le droit de l'Union européenne n'associe pas le même régime à toutes les formes de discrimination qu'il appréhende. Tenter d'élaborer une législation unique applicable à l'ensemble des formes de discrimination, c'est prendre le risque, soit de ne pas transposer correctement toutes les exigences du droit communautaire actuel ou en devenir (phénomène de 'nivellement' qui, sur certains points, caractérise la loi du 25 février 2003), soit d'aboutir à la rédaction d'un texte à ce point complexe que le bénéfice théoriquement attaché à son unité serait, en pratique, perdu »²¹.

Ce furent donc trois lois, au lieu d'une. L'exposé des motifs s'empessa cependant d'ajouter – on ne parle jamais autant d'eau que dans le désert... – que :

« Par elle-même, la division ainsi opérée entre ces trois corps législatifs n'entend affirmer d'aucune manière une quelconque forme de 'hiérarchie' entre les différentes formes de discrimination et leurs victimes. Elle n'est opérée que dans un souci technique »

¹⁹ Avis n° 52.563/AG donné le 15 janvier 2013, *op. cit.*

²⁰ Voy. Doc. parl., Chambre, n° 51-2720/1, p. 11.

²¹ *Ibid.*

d'épouser au mieux les spécificités du régime de lutte contre la discrimination mis en place par le droit communautaire. Du reste, et comme il a été affirmé ci-dessus, les dispositifs des trois lois proposées ont fait l'objet d'une harmonisation maximale, et ont vocation à évoluer en symbiose par la suite »²².

Comme le souligne Jeremie TOJEROW, l'option en faveur de lois distinctes a essuyé quelques critiques lors des auditions devant la Commission de la justice de la Chambre, ainsi que lors des discussions au Sénat. Mais, ajoute l'auteur, *« ces critiques sont restées cette fois-ci fort isolées, l'orientation choisie par le Gouvernement n'a pas été réellement remise en cause, ni suscité un vaste débat »*²³.

II. UN CHANGEMENT DE CAP ?

7. Nous l'avons rappelé; le rêve du Code unique fut troqué contre la promesse d'une « évolution en symbiose ». Cependant, cette promesse ne fut que très partiellement honorée (*infra* A). La « discrimination multiple », dont ledit Code était censé permettre la meilleure approche, a par ailleurs cessé d'être une pure idée doctrinale pour devenir une réalité jurisprudentielle (*infra* B). Á notre estime cependant, l'on aurait tort de plaider, sur ces seules bases, pour un changement de cap radical consistant en une nouvelle refonte globale du système en un *corpus juris* unique. Les motifs symboliques (*infra* C) et techniques (*infra* D) qui s'y opposaient demeurent, en effet, intacts, et ont même gagné en intensité. La réalité fédérale de la Belgique impose de toute façon de s'accommoder d'une mosaïque (*infra* E).

A. LES « SUCCÈS » ET LES « RATÉS » DE L' « ÉVOLUTION EN SYMBIOSE »

8. Dans l'esprit des concepteurs de la réforme du 10 mai 2007, l'« évolution en symbiose » des trois lois ne supposait pas nécessairement que les modifications qui seraient apportées par la suite à l'une d'elles ou à ses prolongements devraient systématiquement et mécaniquement être transplantées dans les autres. Des dissymétries existaient dès le départ, et d'autres pouvaient donc apparaître, à la condition toutefois qu'elles soient justifiées par la correcte transposition d'une obligation européenne ou internationale spécifique, ou, à tout le moins, justifiables au regard des principes d'égalité et de non-discrimination. L'essence de cette « évolution en symbiose » résidait donc, fondamentalement, dans cette « dette de justification » explicite, née de l'axiome de départ d'une « égalité entre

²² *Ibid.*, p. 13.

²³ J. TOJEROW, « La réforme... », *op. cit.*, p. 29.

les victimes de discrimination» et d'une absence de hiérarchie entre elles. D'un mot, on dira que la «symétrie» doit être la position «par défaut», tandis que la «dissymétrie» doit demeurer l'exception, dûment justifiée.

9. Ainsi concrétisée, l'«évolution en symbiose» connut des succès, des quasi-succès, mais aussi des «ratés».

10. Au nombre des «succès», on comptera par exemple l'adoption de l'arrêté royal du 11 février 2019 fixant les conditions de l'action positive²⁴ auquel une autre contribution du présent ouvrage sera consacrée²⁵. Cet arrêté royal puise en effet son fondement dans chacune des habilitations que comprennent les trois lois à exécuter, et fixe un régime parfaitement uniforme pour les actions positives qu'il autorise. Il n'y avait pas de motifs de distinguer, et la parfaite symétrie a donc, logiquement, été retenue.

11. La loi du 5 mai 2019 portant modification le Code pénal afin de favoriser les mesures alternatives dans la prise en charge de la délinquance inspirée par le racisme ou la xénophobie et de mieux lutter contre la récidive en matière de discrimination²⁶, peut être qualifiée de «quasi-succès». Certes, le dispositif promulgué relève du *happy end*, puisqu'*in fine*, il investit le juge pénal de pouvoirs identiques en présence de condamnations prononcées sur la base des trois lois (loi genre, loi anti-racisme, loi anti-discrimination), ainsi que la loi «négationnisme» du 23 mars 1995, et de la loi dite «loi sexisme» du 22 mai 2014²⁷. Cette symétrie n'était cependant pas acquise au départ, loin s'en faut. La proposition de loi initiale, qui n'avait pas été soumise à la Section de législation du Conseil d'État, ne visait en effet, sans aucune justification de la géométrie variable ainsi réalisée, que les condamnations prononcées sur la base de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie²⁸. Ce n'est que tardivement, par voie d'amendements déposés *in extremis* au cours des discussions en Commission de la justice de la Chambre²⁹, que le dispositif fut complété par une référence aux autres lois. L'horizon régulateur de la symbiose avait été, dans ce dossier, momentanément perdu de vue, et, paradoxalement, c'est à la vigilance et à l'insistance d'une parlementaire NV-A qu'il doit d'avoir été remis à l'avant-plan³⁰.

²⁴ M.B., 1^{er} mars 2019.

²⁵ Voy. la contribution de Isabelle HACHEZ, J.-F. NEVEN et J. RINGELHEIM à cet ouvrage.

²⁶ M.B., 28 mai 2019.

²⁷ Loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination.

²⁸ Doc. parl, Chambre, n° 54-1926/1.

²⁹ Doc. parl, Chambre, n° 54-1926/5.

³⁰ Doc. parl, Chambre, n° 54-1926/5, p. 6 et 7.

12. Un « raté » assez évident se trouve, enfin, dans la construction de l'appareil d'incriminations pénales sanctionnant les comportements prohibés par chacune des droites lois.

13. Initialement, le Gouvernement avait fait le choix d'un dispositif pénal relativement léger et par principe symétrique pour chacune de ces lois. Y étaient érigés en infraction pénale : le discours d'incitation à la haine, à la violence ou à la discrimination sur la base de chacun des critères protégés ; les actes de discrimination commis par un agent public et le *contempt of court*, c'est-à-dire, le non-respect d'un ordre de cessation délivré en application de l'une des trois lois³¹. Le « paquet » de « motifs abjects », facteurs d'aggravation de peines, incluait sans distinction tous les critères protégés.

Dans le projet gouvernemental, la parfaite symétrie ainsi réalisée n'était rompue que par l'adjonction de deux comportements « pénaux » supplémentaires dans la seule loi anti-racisme, à savoir, la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale (art. 20 de la loi précitée du 30 juillet 1981) et la participation aux organisations qui incitent à la discrimination (art. 22 de la loi). Cette dissymétrie était elle-même explicitement justifiée par l'existence d'engagements internationaux spécifiques dans ce domaine : la répression pénale de ces comportements est, en effet, rendue obligatoire par la Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, qui n'a pas d'équivalents pour les autres critères protégés.

14. Ce « narratif de base » a cependant été modifié, au cours des travaux parlementaires de la réforme du 10 mai 2017, par l'adoption d'un amendement visant en substance à ajouter dans la loi anti-racisme, et uniquement dans celle-ci, la répression pénale des actes de discrimination commis par un particulier dans les domaines de la relation de travail (art. 25) et de la fourniture de biens et services (art. 24). Pareille dissymétrie devait, selon l'avis n° 42.215/AG du Conseil d'État³², recevoir une justification objective et raisonnable. L'argument de l'obligation internationale spécifique n'étant plus ici mobilisable, l'on se tourna vers un registre mêlant la conservation de l'acquis et la symbolique du message législatif : la législation antérieure pénalisait d'ores et déjà les actes concernés³³, et le risque existait, par conséquent, que leur dépénalisation soit mal interprétée. Pour reprendre les termes mêmes de la justification de l'amendement :

« Le contexte national et international d'aujourd'hui est propice à la banalisation des préjugés et stéréotypes raciaux, basés sur la couleur de peau, l'origine nationale ou la nationalité, ainsi qu'à l'expansion du racisme. »

³¹ Voy. p. ex. l'art. 26 de la loi précitée du 30 juillet 1981.

³² Avis n° 42.215/AG donné le 6 février 2007, *Doc. Parl. Chambre*, n° 51-2720/3.

³³ Voy. en effet les art. 2 et 2bis de la loi du 30 juillet 1981, avant la modification de cette dernière par la loi du 10 mai 2007.

Dans ce contexte, alors que l'intention du législateur est de renforcer la lutte contre le racisme et la discrimination et de consolider clairement un interdit fondamental, il ne peut se permettre que l'extraction de cet interdit hors du domaine pénal puisse être interprétée, même à tort, de manière confuse et ambiguë sur le plan social et symbolique»³⁴

15. L'argument «historico-symbolique», s'ajoutant ainsi au narratif de départ, convainquit la Cour constitutionnelle³⁵. Cet argument n'était en revanche plus réutilisable, faute de «passé» pénal à conserver, pour toute une série de nouvelles dissymétries pénales envisagées au bénéfice exclusif des victimes d'un manquement à la loi genre. Il fallut donc, une nouvelle fois, innover.

16. Une proposition de loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le sexisme, déposée au Sénat le 9 novembre 2010³⁶, envisageait entre autres d'insérer dans la loi genre une incrimination pénale portant sur la participation aux organisations qui incitent à la discrimination, inspirée de l'article 22 de la loi anti-racisme. Dans son avis n° 52.563/AG³⁷, l'assemblée générale de la Section de législation rappela le principe de l'«égalité des victimes de discrimination» (*supra*, n° 5), et affirma, corrélativement, la dette de justification explicite qu'impose la paradigme de la «symbiose» :

«la différence de traitement introduite par la disposition examinée entre le fait de faire partie d'un groupement ou d'une association qui pratique ou prône la discrimination en raison du sexe et non sur la base d'un autre critère tel que la langue ou la conviction politique doit être dument justifiée».

Selon le même avis, le registre justificatif de l'obligation internationale n'était, en la matière, pas mobilisable, à tout le moins avec certitude. En effet :

«Si l'article 22 de la loi précitée du 30 juillet 1981 pouvait être justifié au regard des obligations internationales de la Belgique découlant de l'article 4, b), de la Convention 'sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale', il n'est pas certain que la Convention 'sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes', qui, par rapport à l'objet de la disposition à l'examen, ne contient pas l'énoncé aussi net d'obligations pesant sur les États, puisse procurer la même justification en matière de lutte contre le sexisme»³⁸.

³⁴ Doc. Parl., Chambre, n° 54-2720/2.

³⁵ Voy. C.C., n° 40/2009, 11 mars 2009, pt. B.64.2.

³⁶ Doc. Parl., Sénat, n° 5-447/1.

³⁷ Avis n° 52.563/AG donné le 15 janvier 2013 tendant à réprimer certains actes inspirés par le sexisme, Doc. Parl., Sénat, n° 5-447/3.

³⁸ *Ibid.*

L'assemblée générale ouvrit alors, *proprio motu*, un nouveau registre de justification que l'on qualifiera, faute de mieux, de registre du « statut constitutionnel privilégié » :

« L'insertion, par la révision constitutionnelle du 21 février 2002, de l'alinéa 3 nouveau à l'article 10 de la Constitution, qui consacrait déjà le principe d'égalité, a en effet été justifiée, parmi d'autres motifs, non seulement par le souhait d' 'affirmer clairement et expressément le principe de l'égalité des femmes et des hommes' (...) mais aussi celui de 'garantir [ce principe] et [d']assurer le fondement des législations qui permettent de réaliser cette égalité de droit en égalité de fait' (...). Quant à l'article 11bis de la Constitution, il 'prévoit que le législateur prend les mesures favorisant l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électifs et publics' (...). La Cour constitutionnelle a également jugé que son contrôle 'est plus strict si le principe fondamental de l'égalité des sexes est en cause' (...) et que 'la Constitution attribue une importance particulière à l'égalité entre hommes et femmes' (...), ce qui rejoint le constat fait par la Cour européenne des droits de l'homme selon lequel 'la progression vers l'égalité des sexes est aujourd'hui un but important des États membres du Conseil de l'Europe' (...). Il en résulte que la lutte contre les différents aspects de l'inégalité entre les hommes et les femmes bénéficie d'un statut privilégié en vertu de la Constitution même, qui peut justifier que des mesures législatives soient adoptées de manière spécifique dans ce domaine par rapport à d'autres dans lesquels il existe également une législation anti-discrimination ».

17. La proposition de loi ainsi conçue ne connut pas de suite. Le 22 mai 2014 était par contre promulguée la loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination (dite « loi sexisme »)³⁹. Comme l'indique son intitulé, cette loi eut entre autres pour objet, sur le modèle des articles 24 et 25 ci-avant évoqués de la loi anti-racisme⁴⁰, d'insérer dans la loi genre deux nouvelles incriminations portant sur l'acte de discrimination directe ou indirecte commis par des particuliers dans le domaine des biens et services, d'une part, et de la relation de travail, d'autre part. L'exposé des motifs du projet de loi⁴¹ ne justifiait pas de manière spécifique la dissymétrie de protection pénale qu'il réalisait ainsi entre, d'une part, les victimes d'un acte discriminatoire « privé » contraire à la loi anti-racisme ou à la loi genre telle que modifiée, et, d'autre part, les victimes d'un acte discriminatoire « privé » contraire à la loi anti-discrimination. Tout au contraire, cet exposé des motifs, et diverses déclarations subséquentes de la Ministre en charge du dossier,

³⁹ M.B., 24 juillet 2014.

⁴⁰ Encore que des différences existent entre les art. 28/1 et 28/2 de la loi genre, tels qu'y insérés par la loi du 22 mai 2014, et les art. 24 et 25 de la loi anti-racisme. Sur ces différences et les critiques auxquelles elles s'exposent, voy. la contribution de M. SPINOY et J. VRIELINK au présent ouvrage.

⁴¹ *Doc parl.*, Chambre n° 53-3297/1.

confessaient maladroitement le caractère problématique de cette dissymétrie, en affirmant que « *la loi actuelle ne pénalise que l'incitation à la discrimination, mais pas la discrimination en tant que telle* » et que « *le présent projet met fin à ce paradoxe en repénalisant l'ensemble des discriminations directes et indirectes* »⁴². En effet, si paradoxe il y a⁴³, il caractérise tout autant la loi anti-discrimination, en sa version actuelle, qu'il ne caractérisait la loi genre, avant sa modification.

Assez curieusement, au regard de ses avis antérieurs n° 42.215/AG (*supra*, n° 14) et 52.563/AG (*supra*, n° 16), la Section de législation du Conseil d'État, dans son avis n° 53.819/2 du 2 octobre 2013⁴⁴ ne releva pas explicitement la difficulté et n'invita donc pas le gouvernement à justifier la dissymétrie qu'il réalisait dans la protection des victimes de discrimination. Peut-être ce silence s'explique-t-il par la considération que l'argument du « statut constitutionnellement privilégié » de l'égalité de genre, mis en avant quelques mois plus tôt (*supra*, n° 16), pouvait tenir lieu de justification implicite suffisante. La Cour constitutionnelle ne s'est pour sa part pas prononcée sur la question, n'ayant, en effet, pas été saisie d'un moyen d'annulation l'y invitant⁴⁵.

18. Quoi qu'il en soit, les différents épisodes qui précèdent conduisent à dresser un bilan mitigé de « l'évolution en symbiose » promise en 2007. La « pensée systémique » qu'elle incarne ne s'est pas imposée comme un réflexe législatif, loin s'en faut, et a parfois complètement capitulé au profit du « court-termisme » si typique des réactions politiques ponctuelles aux événements d'actualité. Le narratif de justification des dissymétries réalisées est devenu quant à lui une véritable « *koterij* ». Contraintes internationales et européennes ; « poids du passé » ; nécessités symboliques ; statut constitutionnel privilégié : les appendices argumentatifs s'ajoutent les uns aux autres au gré des nécessités sans nécessairement révéler un dessein d'ensemble, ni, dès lors, tracer des perspectives prévisibles. Au demeurant, les arguments mobilisés ne sont pas totalement pris au sérieux et mobilisés jusqu'au bout de leur logique. Si l'égalité de genre possède un « statut constitutionnel privilégié », comment alors expliquer que l'on continue à ne faire échapper que les délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie à l'impunité de fait à laquelle la compétence du jury d'assise condamne, en règle générale, les délits de presse ? La récente promulgation de l'article 22^{ter} de la Constitution⁴⁶ n'aurait-elle

⁴² *Doc. parl.*, Chambre, n° 53-3297/1, p. 8. Voy. aussi *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-3297/3, p. 3 et p. 11 (« *La ministre explique que le présent projet vise à combler une lacune de la loi du 10 mai 2007, qui prévoyait d'incriminer l'incitation à la discrimination entre les femmes et les hommes mais pas la discrimination elle-même* »).

⁴³ Sur la question de savoir s'il est logique ou pas que l'incitation à un acte discriminatoire soit puni, alors que l'acte discriminatoire ne l'est pas, voy. la contribution de M. SPINOY et J. VRIELINK dans le présent ouvrage.

⁴⁴ *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-3297/1.

⁴⁵ C.C., n° 72/2016, 25 mai 2016.

⁴⁶ Pour un commentaire de cette disposition, voy. I. HACHEZ, « La consécration constitutionnelle du droit à l'inclusion des personnes en situation de handicap : de la duplication du cadre

pas donné également un certain « statut constitutionnel privilégié » à l'égalité des personnes en situation de handicap, en sorte qu'il faudrait, par symétrie, pénaliser également les actes « privés » qui y contrevienne ? Et plus fondamentalement – mais ceci sera l'objet d'une autre contribution du présent ouvrage⁴⁷ –, ne faut-il pas se poser la question de savoir quel est le bénéfice réel que les victimes censément « privilégiées » tirent de la mobilisation, à leur profit, du droit pénal ?

19. A l'aune de ce qui précède, on ne peut que souscrire aux positions d'Eva Brems, alors députée, lorsque, dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 22 mai 2014, elle disait espérer « que la réflexion plus générale sur les trois grandes lois anti-discrimination annoncée dans l'exposé des motifs aura bien lieu afin de permettre une plus grande cohérence du système juridique belge en la matière »⁴⁸.

À notre sens, la restauration de cette cohérence et de la « pensée systémique » qui la garantit n'a pas lieu d'être nécessairement recherchée dans la réduction à l'unité (code) des trois lois existantes. Certes, les dissymétries créées au sein de ce *corpus juris* unique seraient plus visibles, car articulées par un jeu d'exceptions explicites, et le devoir de justification s'imposerait par conséquent à l'esprit du législateur de manière plus évidente et plus impérieuse. Le bénéfice ainsi tiré de l'opération est cependant – et indépendamment même des considérations formulées ci-après qui tendent elles aussi à dissuader de s'engager dans une telle entreprise – sans commune mesure avec le « coût légistique » de celle-ci : travail législatif considérable ; risque de perte, par les acteurs de terrains, des repères acquis durant quinze ans au sein des trois législations distinctes ; réouverture d'une possibilité de nouveaux recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, ... L'« esprit de système » peut parfaitement être reconquis sans embrasser l'option code, tout simplement au travers de la prise en considération attentive des travaux d'évaluation de la législation antidiscriminatoire, passés, présents et à venir.

B. L'APPRÉHENSION DE LA DISCRIMINATION « MULTIPLE »

20. Nous l'avons vu (*supra*, n° 6) : l'exposé des motifs de la réforme du 10 mai 2007 mettait au crédit de l'option « code » « l'appréhension la plus adéquate du phénomène des discriminations 'multiples' ».

Selon la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination⁴⁹, les discriminations « multiples » et les discriminations « intersectionnelles » renvoient à la situation où une « *discrimination (est) fondée*

juridique au dessin de politiques publiques », *J.T.*, 2022, pp. 17-24.

⁴⁷ Voy. la contribution de M. SPINOY et J. VRIELINK au présent ouvrage.

⁴⁸ *Doc. Parl.*, Chambre, n° 53-3297/3, p. 9.

⁴⁹ *Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination*, *op. cit.*, p. 34.

simultanément sur plusieurs motifs protégés, par exemple, dans le cas d'une personne qui serait discriminée parce qu'elle est une femme homosexuelle ou parce qu'elle est une personne handicapée d'origine étrangère». Pour les besoins de l'exposé, et dans la ligne des clarifications conceptuelles synthétisées par J. VRIELINK et S. VINCENT⁵⁰, on envisagera la notion de «discrimination multiple» comme un terme générique coiffant, entre autres⁵¹, les discriminations «cumulées», ou encore, «additives», et les discriminations «intersectionnelles». On parle de discrimination «cumulée» lorsque une situation donnée, caractérisée par une unité de temps, révèle l'addition de plusieurs discriminations qui, séparément, seraient toutes condamnables. La «discrimination intersectionnelle» viserait quant à elle la situation où la discrimination survient en raison d'une *combinaison* de critères, dont la mise en œuvre séparée pourrait ne pas révéler de discrimination, ou, à tout le moins, ne rendrait pas justice au dommage réel subi par leur victime.

La difficulté que suscite ce genre de discrimination est expliquée par la Commission de la manière suivante :

«S'il est loisible à un justiciable d'invoquer plusieurs discriminations basées sur différents motifs lorsqu'il introduit une action en justice, il devra le faire en distinguant les différentes discriminations dont il allègue être l'objet. En l'état, le tribunal devra examiner chacune des discriminations séparément. En revanche, il est plus complexe pour le juge de tenir compte du fait que plusieurs motifs se conjuguent pour générer une discrimination. Il est également difficile pour le juge, dans l'état actuel de la législation, de tenir compte des particularités d'une telle discrimination»⁵².

21. Lors de l'adoption de la réforme du 10 mai 2007, il n'existait pas encore en Belgique un précédent contentieux de «discrimination multiple» qui aurait pu concrétiser – ou pas – les avantages supposés du «code» pour faire face aux difficultés prédécrites.

22. Ce vide jurisprudentiel a, depuis lors, commencé à être comblé⁵³, de manière retentissante⁵⁴. Dans une ordonnance du 3 mai 2021⁵⁵, actuellement frappée de

⁵⁰ J. VRIELINK et S. VINCENT, «Les discriminations multiple et intersectionnelle» *Les grands arrêts en matière de handicap*, I. HACHEZ et J. VRIELINK (dir.), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 253 et suiv. Voy. ég., S. FREDMAN, *Intersectional Discrimination in EU gender equality and non-discrimination role*, Directorate Justice and Consumers, May 2016, ainsi que E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, «Discrimination intersectionnelle en droit: mode d'emploi», *Rev. trim. dr. h.*, 126/2021, p. 241 à 274.

⁵¹ On laissera ici de côté la discrimination «séquentielle».

⁵² *Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination*, *op. cit.*, p. 35.

⁵³ Voy. ég. la jurisprudence citée par E. BRIBOSIA, R. MEDARD INGHILTERRA et I. RORIVE, «Discrimination intersectionnelle...», *op. cit.*, p. 241 à 274.

⁵⁴ Voy. I. RORIVE *et al.*, «Pour une politique de neutralité respectueuse du droit de la non-discrimination», *Le Soir*, 3 juin 2021.

⁵⁵ Trib. Trav. Bruxelles (Cess.), 3 mai 2021, publié sur www.unia.be.

tierce opposition, le Président du Tribunal du travail de Bruxelles, statuant comme en référé, a estimé que le refus de la Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles (STIB) d'engager une femme portant le foulard et disposant des compétences techniques nécessaires pour des fonctions administratives internes, réitéré à deux reprises, était tout à la fois constitutif d'une discrimination directe sur la base de ses convictions religieuses, prohibée par l'ordonnance bruxelloise du 4 septembre 2008 visant à promouvoir la diversité et à lutter contre la discrimination dans la fonction publique régionale bruxelloise, et d'une discrimination indirecte sur la base de son genre, prohibée par la même ordonnance.

Dans sa décision, la juridiction bruxelloise laissa sans réponse la question de savoir si la situation dénoncée relevait d'une « discrimination intersectionnelle » combinant la religion et le genre, au sens où nous l'avons défini, et s'abstint par conséquent de détailler plus avant le régime applicable. En revanche, elle constata bel et bien l'existence de discriminations cumulées – toujours au sens prédéfini – fondées, d'une part, sur la religion, et, d'autre part, sur le genre. La particularité de la décision est d'avoir refusé de cumuler les indemnités forfaitaires qui, en principe, sont dues pour chacune de ces discriminations considérées de manière séparée, et de s'être départie sur ce point, de manière expresse, d'un jugement rendu par le tribunal du travail de Liège, le 11 août 2017⁵⁶, qui avait pour sa part admis un pareil cumul en présence de discriminations fondées sur le genre et l'âge. Selon l'ordonnance du 3 mai 2021, si la victime entendait obtenir une réparation plus conséquente, en raison de la double discrimination subie, il lui incombait alors d'agir sur la base du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, dans le cadre d'une procédure ordinaire.

23. Les quelques données qui précèdent montrent qu'il y a assurément de la place pour une intervention législative destinée à encadrer, dans le droit fédéral, le régime des discriminations multiples au sens large. Il conviendrait entre autres de prévoir, de manière expresse, et à l'instar de ce que font les instruments législatifs de certaines collectivités fédérées⁵⁷, que la discrimination prohibée peut résulter de la distinction non justifiée fondée sur « un ou plusieurs critères protégés » par la législation fédérale. Telle est la suggestion que semble au demeurant formuler la Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination⁵⁸. La modification ainsi opérée devrait s'accompagner d'une explicitation – ne fut-ce que dans les travaux préparatoires – du régime de justification à appliquer en cas de véritable discrimination « intersectionnelle », au sens où nous l'avons défini. La problématique de cumul – ou non – des indemnités forfaitaires devrait

⁵⁶ CDS, 2018, p. 242.

⁵⁷ Voy. J. VRIELINK et S. VINCENT, « Discriminations... », *op. cit.*, p. 251 à 252.

⁵⁸ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination, *op. cit.*, p. 35.

également être réglée expressément, au vu de la controverse jurisprudentielle à laquelle elle donne lieu. Enfin, la question de la compétence de l'organisme de promotion de l'égalité – Unia ou Institut pour l'égalité des femmes et des hommes – devrait être clarifiée, lorsque la discrimination multiple dénoncée concerne le genre et un autre critère⁵⁹. On notera par exemple que, dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance du Tribunal du travail du 3 mai 2021, seul Unia avait fait usage de son droit d'action, aux fins de ne dénoncer que l'existence de la discrimination fondée sur la religion. L'Institut, pour sa part, ne s'était pas joint à la cause : la discrimination de genre n'avait été alléguée que par la candidate ayant essuyé le refus d'embauche. Il va de soi qu'un tel « saucissonnement » du grief n'est vraiment pas très satisfaisant, même s'il n'aboutit pas à une impasse totale. *Curia novit jura* : au pire, les facteurs constitutifs de discrimination qui n'auraient pas été soulevés à défaut de compétence pour ce faire de l'organisme agissant, pourront l'être d'office par la juridiction saisie.

24. Une intervention législative est donc nécessaire. À notre estime, il n'est cependant pas indispensable, pour parvenir à une solution satisfaisante, de privilégier la solution radicale de la refonte des trois lois en un seul Code. Certes, la référence expresse à la possible multiplicité des critères situés au fondement de la discrimination, ci-avant évoquée (« un ou plusieurs critères »), serait plus logique, et plus claire dans ses implications, si elle était accueillie au sein d'une loi unique couvrant l'ensemble des critères protégés. Mais ce bénéfice nous paraît hors de proportion par rapport au « coût légistique » d'une telle refonte, ci-avant évoqué (*supra*, n° 19). Une référence croisée d'une loi à l'autre, logée dans celles des dispositions qui définiraient les discriminations multiples, pourrait techniquement faire l'affaire. À notre sens, le problème est moins celui-là que ceux, ci-avant évoqués, de la définition du régime de la discrimination multiple, et de la compétence des organismes de promotion de l'égalité. Or, les solutions à trouver pour ces problèmes de fond ne sont ni plus ni moins accessibles, selon que l'on privilégie, ou pas, l'option du Code.

C. LA RÉMANENCE DES « MOTIFS SYMBOLIQUES »

25. Nous y avons fait allusion (*supra*, n° 6) : la question de l'unité de la législation antidiscriminatoire n'est pas « que » technique, et présente une forte dimension symbolique. Dans ce registre, la réforme du 10 mai 2007 vit s'opposer deux conceptions. La première, affirmant le caractère « spécifique » de la discrimination fondée sur la race ou sur le genre, plaidait pour l'existence de deux législations particulières qui y seraient exclusivement dédiées, en marge d'une législation « générale » couvrant les autres formes de discrimination. La

⁵⁹ *Ibid*, p. 56, n° 151.

seconde conception affirmait que pareille division légistique sous-entendait nécessairement une forme de « hiérarchisation » des égalités, et présentait donc le rattachement d'une forme de discrimination à la loi « générale » commune une forme de relégation de ses victimes. « Générale » devient rapidement synonyme de « résidu », voire – il faut le regretter – de « poubelle ».

La première conception l'emporta. Il n'est pas certain que, si le débat devait être rejoué aujourd'hui, l'on aboutisse à une issue distincte. Au contraire: les péripéties de l'adoption des lois du 5 mai 2019 et du 22 mai 2014, ci-avant retracées (*supra*, n° 11 et 17), montrent clairement que la discrimination raciale et la discrimination de genre ont eu, et continuent à avoir, un statut symbolique « à part » dans les représentations du monde politique, au point que celui-ci en ait parfois oublié – momentanément ou durablement – la promesse de symbiose faite en 2007. Ces représentations politiques sont pour partie consolidées par le discours du droit qui, nous l'avons vu, affirme que « *l'inégalité entre les hommes et les femmes bénéficie d'un statut privilégié en vertu de la Constitution même, qui peut justifier que des mesures législatives soient adoptées de manière spécifique dans ce domaine par rapport à d'autres dans lesquels il existe également une législation anti-discrimination* » (*supra*, n° 16). Quant à la refonte des *Equality bodies* – Unia et Institut – en un seul organisme, qui pourrait être le prolongement institutionnel logique de la réduction à l'unité législative, elle serait un plaidoyer politiquement périlleux. Le gouvernement a refusé de s'y lancer en 2007, alors même que l'Institut ne comptait que cinq années d'existence. Oserait-il le faire en 2022, à l'heure de son vingtième anniversaire? Poser la question, c'est sans doute y répondre. De manière plus générale, les débats qui ont entouré la création de l'Institut pour la protection et la promotion des droits humains (loi du 12 mai 2019) et la définition de son mandat⁶⁰, montrent que la réduction du nombre des institutions en charge de ces droits n'est pas vraiment à l'ordre du jour du Parlement.

D. L'ACCROISSEMENT POTENTIEL DE LA COMPLEXITÉ DES DONNÉES EUROPÉENNES

26. L'un des arguments avancés au débit du « Code », lors de la réforme du 10 mai 2007, fut celui du caractère non-uniforme du régime de l'interdiction de la discrimination portée par le droit européen (*supra*, n° 6). Le motif n'est sans doute pas déterminant: certaines collectivités fédérées ont en effet fait le choix d'un instrument unique aux fins de la transposition des directives, sans qu'il n'en soit apparemment résulté un défaut de fidélité à celles-ci par excès de

⁶⁰ Selon l'art. 4, § 1er, de la loi du 12 mai 2019, « [l]e mandat de l'Institut s'étend à toutes les questions relatives aux droits fondamentaux, de compétence fédérale, sauf celles qui sont traitées par les organismes sectoriels de promotion et de protection des droits de l'Homme ».

simplification, ni une complexité et un manque de lisibilité nettement supérieurs à ceux de la législation fédérale.

27. Il n'empêche: l'horizon actuellement offert n'est pas celui d'une réduction des géométries variables du droit européen antidiscriminatoire, qui permettrait de ré-envisager sereinement l'option du Code. Que du contraire: à supposer qu'elle soit, un jour, adoptée, la directive horizontale proposée par la Commission en juillet 2008 ajoutera de la complexité, en raison des nombreux compromis dont elle aura été lestée tout au long de sa négociation. Le futur Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, proposé par la Commission européenne le 21 avril 2021⁶¹ pourra également avoir des répercussions sur le droit antidiscriminatoire, comme tente de le démontrer une autre contribution au présent ouvrage⁶². En termes de complexification, les retombées essentielles de ces deux nouvelles pièces européennes se loggeront, il faut le préciser, essentiellement dans la sphère des compétences fédérales. Le droit des assurances et du crédit, qui sera impacté par la directive « horizontale », est encore, à l'heure actuelle, une matière fédérale⁶³. Il en est de même s'agissant de l'édiction des « normes de produits », matière qui sera évidemment concernée au premier chef par la mise en œuvre de la future Législation européenne sur l'intelligence artificielle.

E. L'INDÉPASSABLE MOSAÏQUE FÉDÉRALE

28. Dans le droit de la lutte contre la discrimination, comme, de manière plus générale, pour tout ce qui concerne la mise en œuvre des droits fondamentaux, la figure retenue par le fédéralisme belge est celle de la compétence partagée. C'est à chaque collectivité compétente pour telle ou telle matière déterminée, et à elle seule, qu'il appartient d'adopter les instruments de droit antidiscriminatoire qui trouveront à s'appliquer⁶⁴. Dans un tel contexte, la figure du corps unique de législation est parfaitement chimérique. A supposer même qu'il existe une volonté politique en ce sens, l'outil du « décret conjoint » ou « décret et ordonnance conjoint », issu de la sixième réforme de l'État⁶⁵, serait inactivable à cette fin: il n'a, en effet, pas été prévu que l'autorité fédérale elle-même puisse être partie prenante à ce nouveau schéma de coopération.

⁶¹ COM (2021)206 final.

⁶² Voy. la contribution de C. LANGLOIS et S. VAN DROOGHENBROECK à cet ouvrage.

⁶³ Voy. en effet l'art. 6, § 1^{er}, al. 5, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

⁶⁴ J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La répartition ... », *op. cit.*, p. 101 et suiv.

⁶⁵ Voy. l'art. 92bis/1 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

L'on se trouve donc condamné à devoir jongler avec une diversité de textes, ce qui atténue sans doute le deuil – ou l'intérêt : c'est selon le point de vue – du « Code fédéral ». La situation n'est certainement pas dramatique aussi longtemps que cette diversité de texte présente une harmonie suffisante, au niveau de son appareil conceptuel et des mécanismes protecteurs qu'elle met en place – *quod est*, à l'heure actuelle –, et que des « guichets uniques » demeurent à disposition des victimes. A cet égard, la décision de la Communauté flamande⁶⁶ de se doter d'un *Vlaams Mensenrechteninstituut* investi, entre autres, des compétences qu'elle avait autrefois confiées à Unia par l'accord de coopération du 12 juin 2013, ne va évidemment pas sans soulever quelque inquiétude.

* * *

Une loi plutôt que trois ? Telle était notre interrogation de départ. Au sortir des pages qui précèdent, nous ne sommes pas convaincus que la refonte en un *corpus juris* unique doive être mise à l'agenda pour redynamiser la lutte contre la discrimination. Le coût en serait immense – pour un travail que le fédéralisme belge laissera de toute façon inachevé – et le bénéfice demeurerait somme toute assez médiocre. Ce disant, il ne faut pas perdre de vue les difficultés et défis réels auxquels cette refonte constituerait une tentative maladroite de réponse : la nécessité de conserver un esprit de système par-delà la fragmentation des textes, et un droit antidiscrimatoire lisible pour celles et ceux au bénéfice duquel il est institué.

Constatons cependant que l'analyse qui précède peut légitimement ne pas être partagée, et que le verre, que nous avons aperçu comme étant « à moitié vide », peut également être vu comme « à moitié plein ». C'est au demeurant l'optique qui a été celle de la Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination, dans son Rapport final⁶⁷ publié en Août 2022, alors que la présente contribution était sous presse.

Au terme d'un argumentaire très nuancé auquel on reverra le lecteur, les auteurs du rapport recommandent en effet au législateur « de coordonner le droit fédéral de la lutte contre les discriminations en adoptant une législation unique reprenant l'ensemble des dispositions des trois lois anti-discrimination actuelles.

⁶⁶ Décret de la Communauté flamande du 28 octobre 2022 tot oprchting van een Vlaams Mensenrechteninstituut', *M.B.*, 9 novembre 2022.

⁶⁷ <https://equal.belgium.be/sites/default/files/Commission%20Evaluation%20Lois%20Anti%20discrimination%20-%20Rapport.pdf>.

DIGITALISATION ET DISCRIMINATION : ENJEUX D'UNE RENCONTRE, AGENDA D'UNE RÉFORME

DISCRIMINATIE EN DIGITALISERING: INZET VAN EEN KRUISBESTUIVING, STAPPENPLAN VOOR EEN HERVORMING

Claire LANGLOIS
Avocate

Sébastien VAN DROOGHENBROECK
Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles
Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)
Assesseur au Conseil d'état

I. INTRODUCTION

A. FRACTURE NUMÉRIQUE ET INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : DEUX NOUVEAUX CHALLENGES

1. Février 2021 : La *Libre Belgique*¹ annonçait le lancement, par BNP Paribas Fortis, du « *Digital Inclusion Ecosystem* ». Ce projet, fédérant onze entreprises, sept institutions publiques et six organisations sociales, a objectif de lutter contre la « fracture numérique » qu'occasionne la digitalisation croissante de l'accès aux services *sensu lato*. Selon les chiffres de la Fondation Roi Baudouin², quelque 40 % des Belges risquent actuellement l'exclusion numérique. Les constats effectués en 2019 par le Défenseur des droits français, dans son

¹ S. BERGER, « Quatre personnes sur dix risquent l'exclusion numérique en Belgique », *LLB*, 26 février 2021, www.lalibre.be.

² *Baromètre Inclusion Numérique*, 2020, disponible sur www.kbs-frb.be/fr/Activities/Publications/2020/2020_08_24_CF. Voy. ég., www.luttepauvrete.be/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/210318-FC-fracture-numerique.pdf.

rapport *Dématérialisation et inégalité d'accès aux services publics*³, sont du même ordre. Les groupes les plus touchés sont les personnes en situation de pauvreté, les personnes peu instruites, les plus âgés, les jeunes et les personnes en situation de handicap. Pour reprendre les termes de P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN⁴, «*les fragilités numériques épousent de près les formes de fragilités sociales et économiques*». Parmi les trois causes identifiées, figure l'absence d'accès aux outils numériques, elle-même causée, entre autres, par la précarité socio-économique⁵. Le manque de compétence numérique et le «*stress du numérique*» constituent des facteurs additionnels. La crise de la Covid-19 a, sur ce point, été tout à la fois un révélateur et un facteur aggravant de cette fracture numérique. Pour reprendre les termes des deux chercheuses précitées⁶:

«En faisant soudainement basculer toutes les activités en ligne, le confinement n'a jamais rendu aussi grande la dépendance aux technologies numériques, que ce soit pour travailler, poursuivre des études, garder du lien social, accéder aux loisirs ou aux soins de santé ou à tout autre aspect de la vie sociale. Sans nier les avantages inédits de la dématérialisation d'un nombre toujours plus grand de services, ce basculement à grande échelle dans une société en ligne rend évidentes les inégalités entre citoyens. Mais surtout, la numérisation de services essentiels publics, d'intérêt général ou privés, révèle les risques encore plus grands d'exclusion sociale de ceux qui ne disposent pas des conditions d'accès et d'appropriation de ces technologies.»⁷

2. Février 2020, la Commission européenne publiait un Livre blanc intitulé *Intelligence artificielle: une approche axée sur l'excellence et la confiance*⁸. En ouverture, elle observe que si l'intelligence artificielle promet d'apporter de nombreux changements positifs, notamment en matière de soins de santé, d'agriculture, d'adaptation au changement climatique ou encore de sécurité, elle soulève aussi des risques potentiels, en particulier des risques de discrimination.

³ www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-dematerialisation_num-accessible-03.04.19.pdf. Voy. aussi Comité européen pour la Cohésion sociale (CCS), Rapport sur les répercussions de la numérisation et de l'évolution des technologies de l'information sur les droits sociaux et la cohésion sociale (février 2022), Conseil de l'Europe, CCS(2022)4, consultable sur <https://rm.coe.int/ccs-2022-4-draft-report-digitalisation-fr/1680a91c5e>. Voy. enfin la Carte Blanche «*Le projet 'Bruxelles numérique' du gouvernement Vervoort mettra en difficulté un Bruxellois sur deux*», *La Libre Belgique (on line)*, 14 novembre 2022.

⁴ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, «*Une société en ligne productrice d'exclusion?*», *Sociétés en changement*, n° 11, mars 2021.

⁵ Voy. aussi C. DUBOIS, «*La numérisation, levier d'une justice plus accessible?*», *J.T.*, 2022, p. 12.

⁶ Voir aussi, sur le site d'Unia, *Covid 19. Les droits humains mis à l'épreuve*, p. 18 et 67 (www.unia.be/).

⁷ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, «*Une société en ligne...*», *op. cit.*, p. 1.

⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, *Intelligence Artificielle: une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance*, COM(2020) 65, Bruxelles, 2020.

Des préoccupations en ce sens ont été formulées depuis quelques années par la doctrine⁹, les acteurs publics européens de défense des droits fondamentaux¹⁰, ainsi qu'au sein du Conseil de l'Europe¹¹. La Présidence allemande, dans ses conclusions du 21 octobre 2020, affirme quant à elle que le recours à l'intelligence artificielle offre des opportunités de favoriser l'égalité dans la mesure où des décisions basées sur des systèmes algorithmiques adéquats pourraient être moins sujets aux biais que les décisions humaines, mais reconnaît que son usage peut aussi perpétuer et amplifier les discriminations, y compris d'ordre structurel¹².

3. Numérisation de l'accès aux services, intervention de l'intelligence artificielle (ci-après « IA ») : chacun des deux phénomènes ci-avant esquissés se renforce l'un l'autre, en ce compris dans les menaces qu'ils font peser sur le respect du principe d'égalité. L'extension de l'accès numérique aux services est l'occasion d'un recueil massif de nouvelles données relatives à leurs utilisateurs, lesquelles nourrissent les algorithmes. L'opacité de fonctionnement de ceux-ci alimente à son tour le stress numérique qui contribue à la fracture éponyme. L'indisponibilité de données représentatives des victimes de la fracture numérique occasionne alors une étroitesse des *data sets* sur lesquels les algorithmes sont entraînés, et accroît le risque de décision biaisée de leur part. La spirale est tout, sauf vertueuse.

⁹ Voy., parmi beaucoup d'autres, et outre les références plus précises citées ci-après, L. GROZDANOVSKI, « In search of effectiveness and fairness in proving discrimination in EU Law », *CMLR*, 2021, p. 99 à 136 ; S. BAROCAS et A. SELBST, « Big Data's disparate impact » *Calif Law Rev*, 671 ; F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, 2018.

¹⁰ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *Getting the future right. Artificial intelligence and fundamental rights*, Luxembourg, 2020 ; R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating for an equal AI: a new role for equality bodies*, Equinet, Brussels, 2020 ; J. GERARDS et R. XENIDES, *Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, European Commission, Brussels, 2021 ; EUROPEAN DIGITAL RIGHTS, *Beyond Debiasing. Regulating AI and its Inequalities*, 21 September 2021, consultable sur <https://edri.org/our-work/if-ai-is-the-problem-is-debiasing-the-solution/> ; Au niveau belge, voy. aussi l'avis n° 5/2021 donné le 5 octobre 2021 par l'Institut Fédéral pour la protection et la promotion des droits humains au sujet d'une proposition de loi modifiant la loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994 afin d'introduire une plus grande transparence dans l'usage des algorithmes par les administrations, publié sur <https://institutfederaaldroitshumains.be>.

¹¹ COMITÉ DES MINISTRES, Déclaration du Comité des Ministres sur les risques de la prise de décision assistée par ordinateur ou reposant sur l'intelligence artificielle dans le domaine du filet de sécurité sociale, Decl(17/03/2021)2, 17 mars 2021, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a1cb9a.

¹² COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Presidency conclusions – The Charter of Fundamental Rights in the Context of Artificial Intelligence and Digital Change*, Brussels, 21 octobre 2020.

B. UN « GAP ANALYSIS » JURIDIQUE NÉCESSAIRE

4. Datée essentiellement de la période 2000-2008, l'écriture du droit antidiscriminatoire, tant belge (fédéral et fédéré) qu'eupéen, n'a pas pu tenir compte des défis que pose ainsi la digitalisation croissante. Significativement, celle-ci n'est que peu ou prou évoquée dans le premier rapport (2017) de la Commission chargée de l'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination: le phénomène est trop récent¹³. Or, le droit antidiscriminatoire, tel que nous le connaissons, est davantage conçu pour appréhender l'agir humain et individuel, en position active (l'auteur) ou passive (la victime), tandis que l'IA place l'humain à l'arrière-plan pour ce qui est des auteurs, et crée silencieusement des victimes « de masse » à la manière de la *slow violence* décrite par R. Nixon¹⁴. Par ailleurs, le droit antidiscriminatoire, dans sa conception traditionnelle, repose sur une logique des *justifications*, alors que les décisions ayant recours à l'IA posent aussi, en amont, des questions d'*explications*, voire, tout simplement, de *causalité et d'imputation*, avant celle de la *justification* proprement dite¹⁵. Enfin, dans le fédéralisme belge, le fonctionnement du droit antidiscriminatoire suppose une retraductibilité des problèmes et des solutions dans les catégories en principe exclusives de la répartition des compétences, retraductibilité à laquelle sont rebelles des phénomènes transversaux et multipolaires comme la lutte contre la fracture numérique (au même titre que la lutte contre le changement climatique¹⁶, la lutte contre la pauvreté, la lutte contre la pandémie¹⁷, ...).

5. Pour reprendre les termes d'un rapport récemment publié sous l'égide d'Equinet¹⁸, un « *gap analysis* » juridique est donc aujourd'hui indispensable. Avec des succès jusqu'ici divers, l'exercice est actuellement en cours pour ce qui concerne le droit de l'Union européenne. La *Proposition de règlement du*

¹³ https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Commission_dévaluation_de_la_législation_fédérale_relative_à_la_lutte_contre_les_discriminations.pdf. La question est par contre évoquée dans le Rapport final de la Commission d'évaluation, daté de Août 2022 (voy. les pp. 30-31 du Rapport, consultable sur https://equal.belgium.be/sites/default/files/Commission%20Evaluation%20Lois%20Antidiscrimination%20-%20Rapport_2022.08.18.pdf).

¹⁴ R. NIXON, *Slow Violence and the Environmentalism of the Poor*, Harvard University Press, 2013.

¹⁵ Pour un rappel de la distinction entre *justification* et *explication*, en lien précisément avec l'AI, voy. C. HENIN et A. LE MÉTAYER, « Beyond explainability: justifiability and contestability of Algorithmic Decision Systems », 2021 hal-03165232.

¹⁶ Voy. M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « La changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *Amén.*, 2018/4, p. 62.

¹⁷ Voy. M. EL BERHOUMI, L. LOSSEAU et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme belge ne connaît pas la crise: la gestion de la pandémie du Covid-19 à l'épreuve de la répartition des compétences », F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Droit public et Covid-19*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 183 à 241.

¹⁸ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating ...*, *op. cit.*

Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (Législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, introduite par la Commission européenne le 21 avril 2021¹⁹ (ci-après «la proposition de règlement du 21 avril 2021»), est actuellement en (âpre) débat.

Un même exercice gagnerait à être mené au sein du droit belge. S'étant sur de nombreux points porté au-delà de ce que requiert le droit dérivé antidiscriminatoire de l'UE – notamment pour ce qui concerne le champ d'application *ratione personae* et *ratione materiae*, ou encore la reconnaissance d'un *locus standi* aux *equality bodies* –, le droit belge ne présente en effet pas nécessairement les mêmes lacunes que le premier cité face aux défis de la digitalisation. En même temps, l'organisation fédérale de l'État pose une série de problèmes particuliers lorsqu'il s'agit d'envisager une réaction cohérente et pertinente face à ces défis. Un «*gap analysis*» belge est donc nécessaire. Il convient d'y procéder sans manichéisme ni don-quichottisme, mais de manière critique: réclamer un arrêt du mouvement de digitalisation au nom de la lutte contre la discrimination est tout aussi illusoire que contre-productif, tant il est vrai que le premier, dans certains cas, peut se révéler, non pas comme un opposant, mais tout au contraire comme un allié de la seconde.

6. La présente contribution ne vise pas apporter une série de réponses toutes faites, mais simplement à poser quelques questions et à définir des orientations, à la suite de travaux récents menés en la matière²⁰.

7. Elle sera articulée en trois parties. Il s'agira, dans un premier temps, de fixer un cadre conceptuel et d'effectuer un cadastre sommaire des phénomènes décrits (I). Dans un second temps, nous examinerons les réponses que le droit antidiscriminatoire apporte – *de lege lata* – ou pourrait apporter – *de lege ferenda* – dans la lutte contre la fracture numérique qu'engendre la digitalisation croissante de la fourniture des biens et services (II). Dans un troisième temps, enfin, nous examinerons en quoi le recours à l'IA peut être source de discriminations, et quels sont les ressources ou les manques que le *corpus juris* antidiscriminatoire présente pour y faire face (III).

¹⁹ COM (2021)206 final. Pour un premier commentaire critique de cette proposition, voy., outre les références qui seront reprises plus ponctuellement ci-après, M. VEALE et F. ZUIDERVEEN BORGESIU, «Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act», *Computer Law Review International*, 2021/4, p. 97 ss.; Voy. aussi les différentes analyses publiées sur <https://artificialintelligenceact.eu/analyses/>. L'analyse du processus législatif d'adoption de cette proposition a été clôturée au Printemps 2022.

²⁰ Voy. notamment COMMISSION EUROPÉENNE, *Intelligence Artificielle...*, *op. cit.*; FRA, *Getting the future right...*, *op. cit.*; R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating...*, *op. cit.*; J. GERARDS et R. XENIDES, *Algorithmic discrimination...*, *op. cit.*

II. DE QUOI PARLE-T-ON ?

A. DIGITALISATION ET TRANSFORMATION DIGITALE

8. Avant d'entamer l'analyse des discriminations pouvant résulter de la digitalisation croissante, il convient de préciser le sens que, pour les besoins de la présente contribution, nous donnerons à certains termes.

9. La *digitalisation*, terme issu d'un anglicisme et appartenant historiquement au domaine de l'informatique, fait référence à l'action de digitaliser, de numériser, c'est-à-dire de coder sous forme numérique. La digitalisation fait donc, au départ, référence à la technique de la représentation de données, de grandeurs physiques, sous forme de nombre, ainsi qu'aux procédés utilisant ce mode de représentation²¹. Actuellement, dans son utilisation la plus courante, le terme de digitalisation s'entend plutôt comme un synonyme de la transformation digitale, c'est-à-dire désignant les « *changements liés à l'intégration de la technologie digitale dans la société humaine et se basant sur plusieurs grands piliers* » tels que, par exemple, le big data, l'internet des objets (« *Internet of Things* » ou IoT), la mobilité, l'universalité d'internet et le temps réel²².

10. Sans prétention d'exhaustivité, dans le cadre de cette contribution, nous analyserons dès lors cette digitalisation comme le phénomène recouvrant tant l'usage des technologies numériques dans la fourniture de biens et services (tant privés que publics), que l'usage de ces technologies dans la prise de décision, par le recours à des méthodes qualifiées d'IA.

B. L'USAGE DU NUMÉRIQUE DANS LA FOURNITURE DE BIENS ET SERVICES ET LA FRACTURE NUMÉRIQUE

11. Les exemples de conditionnement de l'accès aux biens et services à l'usage du numérique sont multiples et variés : déclaration d'impôts en ligne, prise de rendez-vous chez un médecin, commande d'une pizza, achat d'un ticket de train dans une gare sans guichet, prise de rendez-vous pour un test PCR, ou encore suivi de formations en ligne. La digitalisation s'est ainsi propagée dans la plupart, si pas tous les domaines de notre société, que ce soit au niveau de notre vie sociale, politique, culturelle ou économique²³. Ainsi, l'accès aux nouvelles technologies, comme internet, et leur utilisation est devenu d'une importance capitale, non seulement en termes d'information et de communication mais également en termes de perspectives de développement économique et social²⁴.

²¹ Dictionnaire leRobert en ligne.

²² Digitall-conseil.fr/definition-transformation-digitale.

²³ B. BOUCQUET et M. JAEGER, « L'e-inclusion, un levier ? », *Vie Sociale*, n° 11, 2015, p. 185.

²⁴ ITU (2017), *Measuring the Information Society Report 2017*, Volume 1, p. 13, www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/misr2017/MISR2017_Volume1.pdf.

12. Les avantages liés à l'utilisation de ces technologies sont nombreux et bien connus de tous. Néanmoins, « *si le numérique dope le quotidien, il ne profite pas à tous* »²⁵ et apporte son lot de risques, notamment en termes de discrimination. En effet, la numérisation de nombreux services essentiels, publics comme privés, pose la question de l'accès effectif auxdits services dans ce contexte de digitalisation²⁶. Cette digitalisation révèle ainsi des risques liés à l'exclusion sociale, une certaine partie de la population rencontrant encore des difficultés d'accès à ces technologies²⁷. Ce constat est tel que ce phénomène a été qualifié en 2014 d'*apartheid numérique* par Rodrigo BAGGIO²⁸. Le terme de *fracture numérique* est aujourd'hui de plus en plus utilisé pour désigner ces « *inégalités liées à la diffusion et à l'appropriation massives des technologies numériques dans la vie quotidienne* »²⁹.

13. Traduite de l'expression américaine *digital divide*, la notion de fracture numérique n'est pas neuve. Dès le déploiement massif des technologies de l'information et de la communication, la question de cette fracture numérique a commencé à occuper les esprits et les plumes. Néanmoins, la signification alors donnée à ce terme était assez différente de celle qu'on lui associe aujourd'hui. La fracture numérique s'entendait alors dans sa première dimension, désignant les écarts et les disparités dans l'accès aux technologies numériques (ordinateur, réseau internet ou mobile, smartphone...) ³⁰.

14. À partir des années 2000, des experts ont commencé à repenser la fracture numérique et à l'élargir au-delà de la division binaire entre les personnes ayant l'accès (aux technologies) et celles ne l'ayant pas (« *haves and have nots* »)³¹. Il leur paraissait en effet dangereux de s'arrêter à cette première dimension de la

²⁵ B. BOUCQUET et M. JAEGER, « L'e-inclusion, un levier? », *op. cit.*, p. 185.

²⁶ A titre d'exemple, l'UNESCO a publié en avril 2020 un article indiquant que la moitié des élèves et étudiants dans le monde n'ont pas d'accès, à leur domicile, à un ordinateur et que 706 millions d'entre eux (soit 43%) n'ont pas de connexion internet chez eux. Et ce, alors que le COVID-19 a provoqué l'utilisation d'un enseignement en ligne dans la grande majorité des pays. UNESCO, *Fracture numérique préoccupante dans l'enseignement à distance*, 21 avril 2020, <https://fr.unesco.org/news/fracture-numerique-preoccupante-lenseignement-distance>.

²⁷ B. BOUCQUET et M. JAEGER, « L'e-inclusion, un levier? », *op. cit.*, p. 185; P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 1; L. GÉRARD, « Robotisation des services publics : l'intelligence artificielle peut-elle s'immiscer sans heurts dans nos administrations? », *L'intelligence artificielle et le droit*, sous la dir. de H. Jacquemin et A. de Streel, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 419.

²⁸ R. BAGGIO et R. RABANA, « L'apartheid numérique », *Le devoir*, 12 novembre 2014.

²⁹ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4.

³⁰ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4; L. GÉRARD, « Robotisation... », *op. cit.*, p. 419; S. WATTIER et M. NIHOUL, « La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des libertés publiques dans l'environnement numérique », dans H. JACQUEMIN et M. NIHOUL (dir.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 15; M. WARSCHAUER (in press), « A literacy approach to the digital divide », *op. cit.*, p. 1.

³¹ M. WARSCHAUER (in press), « A literacy approach to the digital divide », *op. cit.*, p. 1 à 2.

fracture numérique, en ce qu'elle sous-entend qu'il suffirait de procurer un accès à ces technologies (comme par exemple un ordinateur et une connexion internet) afin de pallier cette fracture numérique et les inégalités qui en découlent³². C'est pourquoi, au-delà de la dimension dite « matérielle » de la fracture numérique, une deuxième dimension de cette fracture a été identifiée, recouvrant une dimension plus « intellectuelle » et « sociale » de celle-ci, à savoir les disparités dans l'usage des technologies numériques, tant au niveau de leur intensité que de leur nature³³. Cette notion se raccroche à la problématique de l'« alphabétisation informatique »³⁴.

15. Certains auteurs identifient également une troisième dimension de la fracture numérique, liée aux disparités quant aux *bénéfices sociaux* effectivement tirés de l'usage des nouvelles technologies, notamment en termes de participation dans divers domaines de la vie sociale³⁵

16. La définition de la Commission nationale française de l'Unesco rassemble assez bien ces différentes dimensions de la fracture numérique en définissant celle-ci comme désignant « *le fossé entre ceux qui utilisent les potentialités des technologies de l'information et de la communication pour leur accomplissement personnel ou professionnel et ceux qui ne sont pas en état de les exploiter faute de pouvoir accéder aux équipements ou de compétences* »³⁶.

C. L'USAGE DU NUMÉRIQUE DANS (L'ASSISTANCE À) LA PRISE DE DÉCISIONS ET LE RECOURS À L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

17. Le second aspect de la transformation digitale que nous analyserons dans le cadre de cette contribution concerne l'usage des nouvelles technologies dans (l'assistance à) la prise de décision, par le recours à des méthodes qualifiées d'IA.

18. Si de nombreuses définitions de l'IA ont été proposées dans la littérature scientifique, il n'en est pas, à ce jour, qui soit unanimement acceptée. Plusieurs

³² P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4; L. GÉRARD, « Robotisation... », *op. cit.*, p. 419; P. BROTCORNE et G. VALENDUC, « Les compétences numériques et les inégalités... », *op. cit.*, p. 50 à 51.

³³ B. BOUCQUET et M. JAEGER, « L'e-inclusion, un levier? », *op. cit.*, p. 186; P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4; P. BONIS, « Les fractures numériques », dans D. RAHMOUNI-SYED GAFFAR (dir.), *Les défis du numérique*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 79 à 80.

³⁴ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4; P. PASSAGLIA, « Le droit d'accès à Internet dans les jurisprudences constitutionnelles : vers un droit commun jurisprudentiel? » dans A. LE QUINIO (dir.), *Les réactions constitutionnelles à la globalisation*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 112.

³⁵ P. BROTCORNE et P. VENDRAMIN, « Une société en ligne... », *op. cit.*, p. 4.

³⁶ Commission nationale française de l'Unesco, « Fracture numérique », dans *la société de l'information : glossaire critique*, Paris, La Documentation française, 2005.

facteurs expliquent cette situation : l'évolution du concept au fil des années,³⁷ les variations liées au domaine scientifique d'utilisation, mais aussi la difficulté de définir précisément un concept très vaste et encore peu maîtrisé tel que l'IA.

19. Le dictionnaire Larousse en ligne définit l'IA comme l'ensemble de théories et de techniques mises en œuvre en vue de réaliser des machines capables de simuler l'intelligence humaine. Néanmoins, la notion même d'*intelligence* peut être comprise de bien des manières. Ainsi, l'intelligence peut viser l'« *ensemble des fonctions mentales ayant pour objet la connaissance conceptuelle et rationnelle* », l'« *aptitude d'un être humain à s'adapter à une situation, à choisir des moyens d'action en fonction des circonstances* », la « *capacité de saisir une chose par la pensée* » ou encore la « *qualité de quelqu'un qui manifeste dans un domaine donné un souci de comprendre, de réfléchir, de connaître et qui adapte facilement son comportement à ces finalités* »³⁸. Le simple fait de définir l'IA par référence à l'intelligence humaine ne semble donc pas suffisant pour appréhender le concept de manière précise.

20. La Commission d'enrichissement de la langue française a défini l'IA comme un « *champ interdisciplinaire théorique et pratique qui a pour objet la compréhension de mécanismes de la cognition et de la réflexion, et leur imitation par un dispositif matériel et logiciel, à des fins d'assistance ou de substitution à des activités humaines* ». Cette définition a l'avantage, à l'inverse de certaines définitions proposées dans la littérature scientifique, d'être assez large pour inclure dans son champ les nombreuses variations de l'IA. Celles-ci constituent cependant un domaine d'étude particulièrement vaste, que la présente contribution ne saurait investiguer entièrement, fut-ce par un survol. Nous resserrerons donc notre propos autour de certaines variations, à l'exclusion d'autres.

21. Aux fins d'opérer ce resserrement, il nous faut tout d'abord constater que, si l'IA chapeaute de nombreux concepts différents, tels que le NLP (« *Natural Language Processing* »)³⁹ ou la robotique, la catégorie la plus connue de l'IA, qui correspond à ce qui nous intéresse pour notre analyse, est le *machine learning*.

Le machine learning (ML) ou apprentissage automatique est une sous-catégorie de l'IA. De façon simplifiée, le *machine learning* peut être entendu comme le fait d'utiliser des algorithmes⁴⁰ pour apprendre, ou comme l'étude

³⁷ <https://www.lemagit.fr/conseil/IA-machine-learning-deep-learning-quelles-differences>.

³⁸ Toutes ces définitions sont reprises du dictionnaire Larousse en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/francais/intelligence/43555#locution.

³⁹ L'on peut définir le NLP comme le fait de donner à l'ordinateur la capacité de lire et de comprendre les langues humaines. Voyez à ce sujet : R. CHAUDHARY, « Artificial Intelligence: More than Machine Learning », *Towards data science*, 2019, consultable sur <https://towardsdatascience.com/artificial-intelligence-more-than-machine-learning-fc95a1f8c2f5>.

⁴⁰ Un algorithme peut être défini comme un « *ensemble d'instructions ou de règles précises concernant les mesures à prendre pour résoudre un problème prédéfini* », voy. Y. MENECEUR,

des algorithmes qui s'améliorent automatiquement par l'expérience⁴¹. Un modèle d'apprentissage automatique (*ML Model*) est un modèle qui exploite des programmes informatiques qui s'améliorent automatiquement avec l'expérience et davantage de données. Il existe trois principaux sous-ensembles de *machine learning*⁴²: l'apprentissage supervisé (*supervised learning*)⁴³, l'apprentissage non supervisé (*unsupervised learning*)⁴⁴ et l'apprentissage par renforcement (*reinforcement learning*)⁴⁵.

Si ce sous-ensemble de l'IA nous intéresse tout particulièrement, c'est parce que nous analysons dans le cadre de cette contribution l'usage du numérique dans la prise de décisions, à travers le recours à l'IA. Nous faisons ici référence à ce qu'on appelle plus communément l'«*automated decision making*» ou la prise de décision automatique, c'est-à-dire à l'aide d'une machine. Celle-ci se fonde en règle générale sur des techniques telles que l'analyse de données à grande échelle et le *machine learning*.

22. La consultation du site internet *Algorithmwatch*⁴⁶ est riche d'enseignement sur l'extraordinaire dissémination du recours à l'IA dans les processus décisionnels. Cette tendance s'observe dans le monde entier, en ce compris au sein de l'Union Européenne et en Belgique. Citons, pêle-mêle: un système de reconnaissance faciale à l'aéroport de Bruxelles; la vidéosurveillance dite «intelligente» par la police locale dans certaines communes (un algorithme

«Les droits de l'homme et les libertés fondamentales pour éclairer l'ère numérique» dans *L'intelligence artificielle en procès*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 385.

⁴¹ R. CHAUDHARY, «Artificial Intelligence...», *op. cit.*

⁴² WORLD ECONOMIC FORUM, *How to prevent discriminatory outcomes in machine learning*, Global Future Council on Human Rights 2016-2018, 2018, p. 16.

⁴³ L'apprentissage supervisé est caractérisé par le fait que le résultat recherché est connu. La machine utilise essentiellement des données antérieures pour trouver des modèles et faire des déductions/prédictions sur les données futures. Il s'agit par exemple pour une société proposant des services télécom de prévoir lesquels de ses clients sont susceptibles de passer à la concurrence. Un autre exemple est l'algorithme qui classe des candidats à un poste entre «bons» et «mauvais» candidats, sur la base de données antérieures de candidats acceptés ou non. Voy. R. CHAUDHARY, «Artificial Intelligence...», *op. cit.*; D. SONI, «Supervised vs. Unsupervised Learning», *op. cit.*

⁴⁴ L'apprentissage non supervisé est caractérisé par le fait que le résultat recherché n'est pas connu d'avance. La machine reçoit des données brutes non filtrées, qu'elle catégorise en identifiant des modèles (*patterns*) au sein de ces données, mais sans que les différentes classes dans lesquelles ces données sont rangées soient prédéfinies. Cette technique peut par exemple être utilisée pour segmenter les consommateurs d'une entreprise afin d'identifier des groupes de consommateurs qui pourraient être intéressés par des types de services, offres ou suivis différents. Voy. R. CHAUDHARY, «Artificial Intelligence...», *op. cit.*; D. SONI, «Supervised vs. Unsupervised Learning», *op. cit.*

⁴⁵ L'apprentissage par renforcement est assez proche de l'apprentissage supervisé, à la différence que la machine, dans ce cas, n'apprend pas sur base d'un set de données mais plutôt par une série d'essais et d'erreurs. À chaque résultat positif, la machine apprend à continuer à le faire et inversement. Cette méthode est par exemple utilisée pour le développement de robots et de jeux. Voy. R. CHAUDHARY, «Artificial Intelligence...», *op. cit.*

⁴⁶ <https://algorithmwatch.org/>.

classifiant tous les « objets » et envoyant par exemple des alertes en temps réel à la police en cas de comportement non autorisé); l'utilisation d'un algorithme lors de l'organisation de l'inscription scolaire afin de décider dans quelle école un enfant peut être inscrit; des systèmes de prise de décision automatisée prédictifs concernant les soins de santé et l'éducation (par exemple pour prédire si des problèmes vont apparaître chez un enfant particulier); ou encore des algorithmes liés à la prédiction du chômage, permettant par exemple de prédire, sur base de certaines données, la probabilité qu'un demandeur d'emploi soit toujours au chômage après six mois et pour quelles raisons ou de prédire quels demandeurs d'emploi chercheront moins activement du travail dans les mois à venir (l'espoir étant que le système permette « d'activer » rapidement ces personnes et d'éviter des mesures plus drastiques comme des sanctions)⁴⁷.

III. DIGITALISATION DES SERVICES, FRACTURE NUMÉRIQUE ET DISCRIMINATION

23. *De lege lata*, et en termes de qualifications, le droit belge offre des ressources relativement frustes pour faire face aux discriminations liées à la fracture numérique. Celles-ci peuvent certes être subsumées sous son empire (1), et s'exposent essentiellement à l'interdiction des discriminations indirectes (2). L'approche ainsi offerte manque cependant, en l'état actuel, de balises européennes suffisamment larges, et reste par ailleurs en défaut d'offrir une réponse structurelle, proprement préventive, à la difficulté suscitée (3).

A. L'APPRÉHENSION DE LA « FRACTURE NUMÉRIQUE » PAR LE DROIT ANTIDISCRIMINATOIRE

24. Le droit dérivé de l'Union européenne⁴⁸ offre diverses réponses, partielles, au risque de la fracture numérique⁴⁹. Songeons par exemple à la directive 2002/22/CE dite « service universel », dont la validité a aujourd'hui expiré⁵⁰,

⁴⁷ ALGORITHMWATCH, *Automating Society Report 2020*, Octobre 2020, <https://automatingsociety.algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2020/12/Automating-Society-Report-2020.pdf>.

⁴⁸ <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2021/EN/COM-2021-101-F1-EN-MAIN-PART-1.pdf>.

⁴⁹ Voy. dans l'ouvrage *Vulnérabilités et droits de l'environnement numérique*, sous la dir. de M. NIHOUL et H. JACQUEMIN, Bruxelles, Larcier, 2018, les contributions de S. WATTIER et M. NIHOUL, E. DEGRAVE et C. FIEVET.

⁵⁰ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, *JOUE*, n° L 108, 2002, p. 51 à 77.

ou encore, à la directive (UE) 2018/1972 qui lui a succédé⁵¹. En exécution de la première citée, l'article 121/4, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques prévoit que :

« L'[Institut Belge des services Postaux et des Télécommunications] peut prendre des mesures pour veiller à ce que les utilisateurs finaux handicapés :

1^o aient un accès à des services de communications électroniques accessibles au public équivalents à ceux dont bénéficie la majorité des utilisateurs finaux, c'est-à-dire adaptés à leur handicap (...) ».

On peut évoquer également les législations fédérale⁵² et fédérées⁵³ portant transposition de la directive (UE) 2016/2102 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2016 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public.

25. Même additionnés l'un à l'autre, ces divers dispositifs spécifiques n'offrent pas de « couverture » complète aux victimes potentielles de la fracture numérique. Leur champ d'application n'envisage pas – tant s'en faut – l'ensemble des rapports, « verticaux » ou « horizontaux », dans lesquels se joue cette fracture. La précarisation sociale et économique, ainsi que l'âge – qui sont des facteurs évidents de survenance et d'aggravation de cette fracture, à côté du handicap – ne sont pas non plus pris en compte comme tels ; *a fortiori* en est-il des cas d'intersectionnalité, pourtant évidents dans une matière comme celle-là. Pas davantage ces dispositifs ne prévoient-ils de règles performantes sur le terrain du *rechtshandhaving*. D'importants progrès sont évidemment attendus de la mise en œuvre effective de la Directive (UE) 2019/882 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relative aux exigences en matière d'accessibilité applicables aux produits et services. Celle-ci n'est cependant pas pour tout de suite, loin s'en faut⁵⁴.

26. D'où l'idée de se tourner, au moins provisoirement, vers les ressources qu'offre le droit de la lutte contre la discrimination⁵⁵.

⁵¹ Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), *JOUE*, n° L 321, 2018, p. 36 à 214.

⁵² Loi du 19 juillet 2018 relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public, *M.B.*, 3 septembre 2018.

⁵³ Voy. e.a le Décret du Parlement de la Communauté française relatif à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public, *M.B.*, 29 août 2019.

⁵⁴ Voy. en effet l'article 31 de la directive.

⁵⁵ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*, 2018, <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/big-data-discrimination>; Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, DG for Communications Networks, Content and Technology,

27. Le droit dérivé de l'Union européenne dédié à la question présente, certes, d'importantes lacunes en termes de couverture de la fracture numérique. La directive « horizontale » qui étendrait au-delà de l'emploi la protection contre la discrimination fondée sur le handicap, l'âge, l'orientation sexuelle et les convictions, se fait encore attendre⁵⁶. La directive 2019/882 ci-avant évoquée (n° 24) n'offre qu'un comblement partiel des béances ainsi créées : les deux instruments n'avaient au demeurant aucune vocation à être interchangeables, et leur complémentarité avait été affirmée par la Commission dès le départ.

28. Le droit belge, fédéral et fédéré, de la lutte contre la discrimination, présente par contre une surface beaucoup plus étendue. Son champ d'application – dans les limites des compétences respectives de chacun des partenaires de la Fédération, et sous la réserve de quelques lacunes dans le détail desquelles on n'entrera pas ici –, inclut une série très large de « terrains » de déploiement potentiel de la fracture numérique. Ainsi, la lutte contre la discrimination est menée par la législation fédérale, tant à l'égard des autorités publiques que vis-à-vis des acteurs privés, dans des domaines tels que :

- l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services à la disposition du public ;
- la protection sociale, en ce compris la sécurité sociale et les soins de santé ;
- les avantages sociaux ;
- les régimes complémentaires de sécurité sociale ;
- les relations de travail ; ou encore
- l'accès, la participation et tout autre exercice d'une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public⁵⁷.

Achat de tickets de transport, prise de rendez-vous chez le médecin, suivi de cours en ligne, commande de pizza, remplissage du *Passenger Location Form* : l'ensemble de ces opérations peut être ainsi subsumé sous l'une ou l'autre loi, ou l'un ou l'autre décret (ou ordonnance) régional ou communautaire.

Les catégories de personnes particulièrement exposées à la fracture numérique figurent par ailleurs parmi celles qui sont porteuses de l'un des très nombreux critères protégés par les législations – fédérales ou fédérées – belges de la lutte contre la discrimination. Rappelons en effet que l'âge, la situation de handicap ou la fortune comptent parmi ces critères protégés⁵⁸.

European Commission, 2019, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>, p. 18.

⁵⁶ Voy. la proposition formulée par la Commission le 2 juillet 2008 (COM/2008/0426 final).

⁵⁷ Voy. l'art. 5, § 1^{er}, de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (ci-après loi anti-discrimination).

⁵⁸ Voy. p. ex. l'art. 4, al. 1^{er}, 4^o de la loi anti-discrimination.

29. Sans doute la digitalisation croissante de l'offre de services (*s.l.*) n'aboutit-elle pas à ce que le *service en tant que tel* soit refusé à une personne qui le sollicite en raison de son âge, de son handicap ou de son état de fortune. C'est au niveau de la *sollicitation elle-même*, qui est rendue plus difficile, voire impossible, pour certaines catégories de personnes, que l'éventuelle discrimination va opérer. Cette particularité n'a cependant pas l'effet de retrancher les situations concernées du champ d'application des législations (fédérales ou fédérées) précitées. *Mutatis mutandis*, le schéma qui se présente est le même que celui qui résulte de l'interdiction de venir avec un chien d'assistance dans un établissement HORECA⁵⁹ ou dans un parc animalier⁶⁰.

B. FRACTURE NUMÉRIQUE ET DISCRIMINATION INDIRECTE

30. Le droit antidiscriminatoire interdit tout autant la discrimination directe que la discrimination indirecte.

La discrimination directe suppose, pour exister, une «distinction directe». Celle-ci désigne, selon les termes de la législation fédérale ici utilisée comme exemple, «la situation qui se produit lorsque sur la base de l'un des critères protégés, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre personne ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable»⁶¹. La distinction «directe» ainsi définie sera analysée en une «discrimination directe» lorsqu'elle ne peut trouver une justification – en système ouvert ou fermé, selon le cas – dans la législation concernée.

La discrimination «indirecte» suppose quant à elle, pour exister, une «distinction indirecte». Celle-ci désigne «la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés»⁶². La distinction indirecte ainsi comprise s'analysera en une discrimination indirecte «à moins que la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires». S'agissant spécifiquement des distinctions indirectes fondées sur le handicap, l'admissibilité supposera qu'«il soit démontré qu'aucun aménagement raisonnable ne peut être mis en place»⁶³. Lesdits aménagements raisonnables sont définis par la législation fédérale comme les «mesures appropriées, prises en fonction des besoins dans une situation concrète, pour permettre à une personne handicapée d'accéder, de

⁵⁹ Voy. e.a., Mons, 23 octobre 2018, 2017/RG/242 et 2017/RG/682, publié sur www.unia.be.

⁶⁰ Voy. e.a., Liège, 16 juin 2020, publié sur www.unia.be.

⁶¹ Art. 4, al. 1^{er}, 6^o, de la loi anti-discrimination.

⁶² Art. 4, al. 1^{er}, 8^o, de la loi anti-discrimination.

⁶³ Art. 9, 2^{ème} tiret, de la loi anti-discrimination.

participer et progresser dans les domaines pour lesquels cette loi est d'application, sauf si ces mesures imposent à l'égard de la personne qui doit les adopter une charge disproportionnée», étant entendu que «cette charge n'est pas disproportionnée lorsqu'elle est compensée de façon suffisante par des mesures existant dans le cadre de la politique publique menée concernant les personnes handicapées»⁶⁴.

31. La situation de désavantage que subissent les victimes de la fracture numérique dans l'accès aux biens et services ne peut être qualifiée de «distinction directe» fondée, le cas échéant, sur la fortune, l'âge ou le handicap. La digitalisation croissante de cet accès peut par contre, sans grande difficulté conceptuelle, être saisie comme une «distinction indirecte» vis-à-vis des personnes porteuses de l'une des caractéristique précitées. Telle pratique apparemment neutre – par exemple la migration complète de la vente de tickets de train du guichet «humain» vers l'automat ou l'e-ticketing, ou encore, le basculement des cours en ligne – sera par essence susceptible de préjudicier davantage les personnes concernées. Une question de preuve – la démonstration de l'«impact disproportionné» – se posera, certes. Les statistiques disponibles (*supra*, n° 1) permettront cependant d'atteindre facilement le seuil du *prima facie case*⁶⁵. A supposer que la distinction indirecte soit ainsi établie – ou en tous cas non réfutée par son auteur sur lequel la charge de la preuve se serait déplacée en présence de ce *prima facie case* –, et que la justification requise ne puisse être apportée, tout l'appareil du *rechtshandhaving* du droit antidiscriminatoire pourra trouver à se déployer. S'agissant des sanctions civiles qu'il comporte, la circonstance que la discrimination indirecte reprochée est non-délibérée importe peu. Au nombre de ces sanctions civiles, l'on vise le prononcé de dommages et intérêts (le cas échéant, forfaitaires)⁶⁶, ainsi que la possibilité d'action en cessation.

32. A notre connaissance, il n'y a pas encore de précédent de mobilisation contentieuse de la législation (fédérale ou fédérée) antidiscriminatoire proprement dite à l'encontre de «pratiques» de digitalisation soupçonnées de pouvoir engendrer des discriminations indirectes⁶⁷.

33. La «saga» du *Moniteur électronique* offre cependant un éclairage digne d'intérêt, tant en terme de «crédibilité» et de «plaidabilité» de cette mobilisation, qu'au niveau de l'analyse du raisonnement à déployer.

⁶⁴ Art. 4, al. 1^{er}, 12° de la loi anti-discrimination.

⁶⁵ Art. 28 de la loi anti-discrimination.

⁶⁶ Art. 18 de la loi anti-discrimination.

⁶⁷ On notera encore que l'accès exclusivement numérique à la banque de données *Vaccinet* est, à l'heure actuelle, contesté au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, par le biais d'une question préjudicielle. Voy. en effet l'avis publié au *Moniteur belge* du 9 février 2022 à propos de l'affaire portant le numéro de rôle n° 7729 (FR).

Une réforme législative avait supprimé la version « papier » du *Moniteur belge*, pour lui substituer une version « électronique », nettement moins coûteuse. Seuls trois exemplaires « papier » subsistaient, déposés respectivement à la Bibliothèque royale, au ministère de la Justice et à la Direction du *Moniteur belge*. La réforme ainsi opérée fit l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, motif pris notamment qu'elle aboutissait, en méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution, à désavantager *de facto* certaines catégories de personnes, c'est-à-dire les victimes de la « fracture électronique ». La Cour, dans un arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004⁶⁸, fit droit à cette argumentation :

« B.14. Les dispositions attaquées ne créent par elles-mêmes aucune différence de traitement puisque toutes les personnes auxquelles s'appliquent les actes législatifs et administratifs peuvent en prendre connaissance de la même manière. Mais ce qui est reproché à ces dispositions est, précisément, de n'avoir pas tenu compte de ce que chacun n'a pas un accès égal aux techniques informatiques. Or, le principe d'égalité et de non-discrimination peut être violé lorsque le législateur traite de la même manière des personnes qui se trouvent dans des situations essentiellement différentes. »

L'objectif était certes légitime. Encore fallait-il cependant s'assurer du respect de l'exigence de proportionnalité. L'arrêt 106/2004 avait pour ce faire inventorié les mesures d'accompagnement mises en place (conservation de trois exemplaires papier, ...) ou vaguement envisagées (promesse d'équipement informatique des communes), mais constata l'absence d'effectivité suffisante, *hic et nunc*, de celles-ci. Et la Cour de conclure, en conséquence, que :

« B.21. Sans doute le *Moniteur belge* édité sur papier n'assurait-il pas non plus la connaissance par chacun des textes qui l'obligent. Pour certaines personnes, la mise à la disposition des textes sur un site Internet favorisera même leur accès et le rendra également moins onéreux.

Mais il reste que, du fait des dispositions entreprises, un nombre important de personnes se verront privées de l'accès effectif aux textes officiels, en particulier par l'absence de mesures d'accompagnement qui leur donneraient la possibilité de consulter ces textes, alors qu'elles avaient la possibilité, antérieurement, de prendre connaissance du contenu du *Moniteur belge* sans devoir disposer d'un matériel particulier et sans avoir d'autre qualification que de savoir lire.

B.22. Faute d'être accompagnée de mesures suffisantes qui garantissent un égal accès aux textes officiels, la mesure attaquée a des effets disproportionnés au détriment de certaines catégories de personnes.

Elle n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution. »

⁶⁸ C.C., arrêt n° 106/2004 du 16 juin 2004.

Consciente des difficultés susceptibles de survenir en termes de sécurité juridique par suite de l'annulation par elle prononcée, la Cour constitutionnelle avait cependant maintenu les effets des dispositions annulées jusqu'au 31 juillet 2005.

Le législateur devait donc revoir sa copie avant cette date. Ce fut chose faite par une loi-programme du 20 juillet 2005. Cette réforme, à la différence de celle qui l'avait précédée, mit en place des mesures d'accompagnement, notamment, l'institution d'un *help desk* téléphonique gratuit auprès de la direction du *Moniteur*. La réforme fut à nouveau attaquée devant la Cour constitutionnelle, mais celle-ci, prenant en compte les mesures d'accompagnement susvisées, ne conclut plus, cette fois-ci, à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution⁶⁹.

34. Le raisonnement ainsi déployé connut diverses «répliques» dignes d'intérêt dans la jurisprudence du Conseil d'État.

Ainsi un avis n° 59121/2 donné le 12 avril 2016⁷⁰ adressa-t-il un nombre important d'objections à la réforme, envisagée par la Communauté française, consistant faire basculer entièrement l'enseignement à distance en *e-learning*:

« Il résulte en effet du texte examiné qu'il ne sera plus possible d'obtenir les modules de cours en version papier, par correspondance, mais uniquement 'en ligne', ce qui réduit l'égal accès des 'apprenants' à l'instruction proposée dans le cadre de l'enseignement à distance. Un tel accès, qui implique de pouvoir disposer d'un matériel informatique et d'une connexion à internet, peut en effet poser problème pour certains élèves ou catégories d'apprenants dont, notamment, les personnes privées de liberté.

(...) l'absence de mesures d'accompagnement permettant aux apprenants n'ayant pas un accès aux techniques informatiques de bénéficier également de l'enseignement à distance crée à l'égard de ces personnes une discrimination en ce qui concerne leur droit à l'enseignement garanti notamment (...) par l'article 24, § 3, de la Constitution ».

On pointera, dans un même ordre d'idées⁷¹, la critique qui avait été adressée par un avis n° 67247/2 à un dispositif « Covid », issu de la Communauté française, qui visait à supprimer purement et simplement la nécessité d'entendre un mineur dans le domaine de l'aide à la jeunesse et de la protection de la jeunesse, lorsque

⁶⁹ Voy. arrêt n° 10/2007 du 17 janvier 2007.

⁷⁰ C.E., avis 59121/2 du 12 avril 2016, consultable sur www.raadvst-consetat.be. Voy. aussi l'avis n° 52753/4 donné le 10 février 2013 à propos de l'obligation d'utiliser la voie électronique pour introduire une demande d'immatriculation.

⁷¹ Voy. ég., s'agissant des subventions permettant l'achat de matériel informatique pour les élèves victimes de la fracture informatique en période Covid, les avis n° 68.326/2 (24 novembre 2010), n° 68.559/2 (28 décembre 2020) et n° 68.818/2 (10 février 2021). Concernant l'organisation des examens « en distanciel » dans l'enseignement supérieur, voy. les avis n° 68373/2 (4 décembre 2020) et 67.279/2 (24 avril 2020). Tous ces avis sont consultables sur www.raadvst-consetat.be.

l'audition ne pouvait avoir lieu en « distanciel » à défaut pour les intéressés de disposer des moyens de communication adéquats. A l'estime de la Section de législation, pareil dispositif ne ménageait pas un juste équilibre des intérêts en présence :

« Il en va d'autant plus ainsi que l'auteur du projet admet, dans le commentaire de l'article, que, 'vu les situations prises en charge et les publics visés par l'aide, venant bien souvent d'un milieu défavorisé, voire précarisé, il est probable que les intéressés ne disposent pas des moyens techniques et appropriés permettant d'exprimer utilement et facilement leur position' et que le Gouvernement n'a, semble-t-il, pas envisagé de mettre en place des mesures permettant de faciliter l'accès par ces personnes à l'utilisation des modes de communication à distance » (...).

35. On rapprochera volontiers cette jurisprudence/legisprudence belge de la décision rendue le 28 juin 2021 par la Défenseure des droits française à propos des effets de la fermeture des guichets en gare sur l'accès au transport ferroviaire, et de la nécessité corrélative pour les usagers de se procurer leurs titres de transport via internet, à charge pour eux de l'exhiber sur un smartphone⁷². Selon cette décision en effet, l'absence d'alternative à l'achat de titres dématérialisés pose des difficultés particulières aux usagers résidant dans des zones « blanches » ou « grises », ou encore, aux usagers qui ne possèdent pas d'ordinateur ou de smartphones, ou qui éprouvent des difficultés face au numérique. Enfin, la Défenseure des droits pointe le risque de discrimination à l'égard de certains usagers en situation de handicap, lesquels sont souvent les « laissés pour compte de la dématérialisation »⁷³.

36. Dans chacun des exemples cités, est mise en avant, de manière plus ou moins explicite, la nécessité, au nom du principe d'égalité, de mettre en place des « mesures d'accompagnement » au bénéfice des personnes à qui la « digitalisation » du service presté – l'accès au Droit; les cours par correspondance; l'aide à la jeunesse; l'obtention de titres de transports – risquerait de causer un préjudice particulier. Dans aucun des exemples cités cependant, l'obligation ainsi faite n'est présentée sous un jour absolu. Une juste équilibre des intérêts en présence est recherché, ou, à tout le moins, sous-entendu. En creux du raisonnement tenu, on retrouve la logique de « l'aménagement raisonnable », au sens rappelé ci-dessus (n° 30), et de l'évitement des « charges disproportionnées » qui lui sont inhérentes. La balance des intérêts en présence n'est évidemment pas donnée une fois pour toutes, et le curseur de l'« exigible » verra bien évidemment sa position déterminée en fonction du caractère plus

⁷² Disponible sur www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/decision_2021-158_.pdf.

⁷³ L'expression était déjà utilisée dans le rapport *Dématérialisation et inégalité d'accès aux services publics*, *op. cit.*, p. 51.

ou moins essentiel du service dont l'accès est rendu plus difficile en raison de sa digitalisation. Le droit d'accéder au Droit, via la consultation du *Moniteur*, ou encore le droit à la mobilité via le chemin de fer, ne peuvent évidemment être comparés à la commande d'une pizza. Tout aussi logiquement, les attentes que l'on peut former à l'endroit du SPF Justice ou de la SNCF ne peuvent être transposées telles quelles à un restaurant de quartier. Ce disant, l'on s'abstiendra néanmoins d'affirmer, à l'extrême inverse, que ces deux types d'acteurs sont radicalement incomparables, en sorte qu'il serait permis, voire nécessaire, d'affranchir le second de toute obligation quelconque vis-à-vis des victimes de la fracture numérique. Pareille incomparabilité fut en effet plaidée *in illo tempore* devant la Cour constitutionnelle, mais sans succès⁷⁴.

37. S'agissant des « aménagements raisonnables » que l'on peut attendre des personnes privées dans la fourniture de biens et services, il n'est pas sot de s'inspirer de ce que prévoit l'article 14 de la directive (UE) 2019/882, précitée.

C. LES LIMITES DES RESSOURCES JURIDIQUES ACTUELLEMENT OFFERTES

38. On le voit : le droit antidiscriminatoire actuel offre quelques ressources intéressantes pour affronter la fracture numérique. Force est cependant de constater que ces ressources ne sont pas miraculeuses. On relève ici, sans prétendre à l'exhaustivité, quelques points d'attention.

39. Une première lacune, au niveau européen, procède de l'absence d'adoption de la directive « horizontale » qui étendrait la protection contre la discrimination fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, les convictions ou le handicap au-delà des limites étroites tracées par la directive 2000/78/CE : nous n'y reviendrons plus (n° 27).

40. Une deuxième difficulté porte sur l'étendue exacte de la palette des mesures de *rechtshandhaving* qu'offre le droit antidiscriminatoire (n° 31). Prise dans son sens premier, la « cessation » du comportement discriminatoire évoque la pure injonction négative. Ce genre de sanction, radicale, est cependant trop fruste pour aborder de manière quelque peu agile et subtile un problème complexe comme celui de la fracture numérique. Pour ne prendre qu'un seul exemple, était-il réellement envisageable d'interdire purement et simplement la tenue de cours et d'examens en distanciel, à l'heure du COVID, au motif qu'elle induisait, potentiellement, une discrimination indirecte au détriment de catégories déterminées d'étudiants ? Si c'est cela la seule mesure qui s'offre au juge de la

⁷⁴ C.C., arrêt n° 17/2009 du 12 février 2009, pt. B.10. 3 et suiv.

« cessation » – ainsi que le suggère le sens premier de ce terme –, alors il y a toute chance que, face au caractère potentiellement disproportionné des conséquences de ses propres décisions, il conclue, en amont, à l'absence de discrimination. Des sanctions mieux calibrées permettraient, à notre estime, de mieux assurer l'effectivité des interdictions de la législation antidiscriminatoire. Elles consisteraient, non pas en des défenses pures et simples, mais bien en des injonctions positives : telle ou telle mesure « d'accompagnement » doit être mise en place. Il n'est pas exclu, *de lege lata*, que la notion de « cessation » puisse être interprétée de manière non-littérale, plus créative, pour inclure le prononcé de telles injonctions positives⁷⁵. A notre estime, une clarification législative gagnerait cependant à intervenir ; elle serait au demeurant l'occasion d'une réflexion, plus globale, sur la modernisation des « remèdes » offerts par la législation actuelle : on renverra, sur ce point, à la contribution de S. DE REY et I. SAMOY.

41. Il est cependant illusoire de penser que des solutions globales et structurelles à une problématique aussi complexe et « multipolaire », en termes de causalités, que celle de la fracture numérique, peuvent être obtenues sur la seule base du droit antidiscriminatoire, même vitaminé. Il en est tout particulièrement ainsi dans l'organisation fédérale belge. La lutte contre la discrimination est en effet une compétence partagée entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions : il appartient en principe à ces collectivités, et à elles seules, de mettre en place les dispositifs de lutte contre la discrimination dans leurs domaines de compétence, et uniquement dans ceux-ci. Chacun pour soi, et chacun chez soi⁷⁶.

Or, aucun des législateurs compétents dans la lutte contre la discrimination ne dispose, à lui seul, de toutes les compétences nécessaires pour construire une solution cohérente et complète au problème de la fracture numérique dans les domaines pour lesquels il est compétent pour lutter contre la discrimination. On renverra, pour s'en convaincre, aux termes d'un avis 34.380/VR donné par la Section de législation du Conseil d'État⁷⁷. En substance, le dispositif à l'examen visait à accorder, via *La Poste*, une subvention à certains groupes de personnes précarisées afin de leur assurer l'accès, à des conditions avantageuses, à une connexion à l'internet, et, le cas échéant, à une interface informatique, en vue de favoriser l'accès à la communication, aux ressources promues notamment dans la perspective de l'e-gouvernement et au marché de l'emploi dans le cadre du

⁷⁵ Voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK et G. CLOSSET-MARCHAL, « L'action en cessation en matière de lutte contre la discrimination », *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, sous la dir. de C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK, Bruges, La Charte, 2008, p. 372.

⁷⁶ Voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », sous la dir. de C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les nouvelles lois...*, *op. cit.*, p. 101 ss.

⁷⁷ Avis n° 34.380/VR donné le 21 novembre 2002 sur un sur un projet d'amendement au projet de loi-programme insérant un chapitre « *Financement et mise en oeuvre du programme de réduction de la fracture numérique* ».

télétravail. En l'occurrence, il fut conclu à l'incompétence de l'autorité fédérale pour accorder une telle subvention.

La réduction de la fracture numérique n'est, dans la Belgique fédérale, la compétence de personne en particulier et de tout le monde en général : seul un accord de coopération, plutôt que des initiatives unilatérales en ordre dispersé, permet de s'y attaquer de manière tant soit peu sensée.

IV. INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET DISCRIMINATION

42. Le volume de la littérature dédiée aux relations entre IA et discrimination n'a fait qu'augmenter au cours des trois dernières années⁷⁸. Ces analyses, très riches et mêlant à juste titre les approches juridiques, techniques et éthiques, ne peuvent évidemment être reproduites ici. Répétons-le en effet, notre objectif premier est une modeste mise à l'agenda de deux ou trois pistes de réflexions visant à un *updating* du droit antidiscriminatoire, si pas dans les textes eux-mêmes, du moins dans leur interprétation. Notre démarche s'ouvrira, sur ce point, par un avertissement critique : tout n'est pas à jeter en matière d'IA (1). S'ensuivra, à l'aune de la littérature existante, un cadastre des différentes voies par lesquelles le recours à l'IA peut « énerver » l'interdiction de la discrimination (2), et une tentative d'identification des différents « manques » qu'elles révèlent dans le *corpus juris* antidiscriminatoire (3). Enfin, dans le prolongement de réflexions d'ores et déjà menées ou en modeste complément à celles-ci, diverses pistes de réflexion seront envisagées (4). Ces deux derniers points seront traités à l'aune de la proposition de règlement du 21 avril 2021, sachant que, à l'heure où les présentes lignes sont écrites – soit au Printemps 2022 –, le parcours législatif de celui-ci n'est pas terminé.

A. RENDRE À CÉSAR ... : LA NÉCESSITÉ D'UNE POSTURE CRITIQUE

43. « *Challenges and opportunities for Gender equality and non-discrimination law* ». Le titre du récent rapport publié par J. GERARDS et R. XENIDIS, de même que leur rapport lui-même⁷⁹, démontrent excellemment la nécessité d'une approche qui, tout en étant attentive aux risques générés par l'AI, mette également en lumière ses bénéfices en termes de lutte contre la discrimination.

44. Tout d'abord, les traitements de données que permettent ces systèmes d'IA limitent l'intervention humaine dans la prise de décision – et par conséquent

⁷⁸ Voy. e. a., et outre les références citées plus ponctuellement ci-après, J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination...*, *op. cit.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 121 et suiv.

l'écueil des interprétations divergentes, voire le risque de « tricherie » que charrie parfois cette intervention en raison des biais racistes, homophobes ou encore sexistes de l'intervenant⁸⁰. La mise en place, en France, du système *Parcoursup* – à savoir un système automatisé permettant de recueillir et gérer les vœux d'affectation des futurs étudiants de l'enseignement supérieur public français⁸¹ – a pu en ce sens être citée en exemple de ce genre de bénéfice, même si elle fut paradoxalement, à son tour, au centre de nouvelles difficultés⁸². Non moins que l'algorithme, l'âme humaine présente en effet des « boîtes noires » et « des recoins sombres »⁸³. L'avantage de l'algorithme est que « sa » boîte noire peut, quant à elle, être interrogée. Comme le soulignent J. GERARDS et R. XENIDIS⁸⁴:

« Where decision-making processes by human brains cannot be recorded, replicated or audited, such opportunities arise in relation to algorithmic decision-making process. The new possibilities might offer ways to better visualise, measure, detect and ultimately correct discriminatory biases if proper legal regulation and public policy is put in place ».

45. L'IA permet aussi, grâce au *datamining* au sein de volumes considérables de données, de détecter des (risques de) discriminations qu'un traitement « manuel » ne permettrait sans doute pas d'apercevoir, ou en tout cas d'apercevoir rapidement⁸⁵.

46. L'IA permet par ailleurs, par la mise en lumière de *patterns* de comportements déterminés, de faire naître au moins la présomption de discrimination (*prima facie* case) à laquelle la législation antidiscriminatoire attache un partage de la charge de la preuve⁸⁶.

47. Enfin, il faut bien noter que le débat engagé sur l'IA n'est pas exempt de critiques mal ciblées. Il faut tout d'abord rappeler que les constructions mathématiques ou informatiques ne portent pas par elles-mêmes atteinte à des droits humains: ce n'est que leur mise en œuvre et leur application aux actions humaines qui, le cas échéant, peuvent se révéler problématiques⁸⁷. On se trompe

⁸⁰ CNII, *Comment permettre à l'homme de garder la main. Les enjeux éthiques de l'algorithme et de l'intelligence artificielle*, Rapport, 2017, p. 26, consultable sur www.cnii.fr/sites/default/files/atoms/files/cnii_rapport_garder_la_main_web.pdf.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Voy. www.defenseurdesdroits.fr/fr/communiqu-de-presse/2019/01/parcoursup-le-defenseur-des-droits-dans-deux-decisions-recommande-plus.

⁸³ Voy. L. MAIDANE, « L'Intelligence Artificielle, notre dernier espoir pour une société plus équitable? », *La Libre online*, 22 avril 2021.

⁸⁴ J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination...*, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁵ J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination...* *op. cit.*, p. 123. Voy. ég. UNIA, *Concrétiser l'utilisation du datamining pour lutter contre la discrimination dans le marché du travail* (novembre 2020) consultable sur www.unia.be.

⁸⁶ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (FRA), *#BigData: ...*, *op. cit.*, p. 18.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 10; B. WAGNER et al., « Algorithms and human rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications »,

également de cible lorsque le soutien de l'informatique n'est sollicité que pour faciliter, techniquement, la mise en œuvre d'une décision discriminatoire dont les ressorts sont intégralement humains : en pareil cas, ce n'est en effet pas à l'outil qu'il convient de s'en prendre, mais uniquement à celui ou celle qui le manie. Le recours à l'IA peut en effet n'être que l'instrument performant (amplification des résultats et dissimulation) d'un dessein discriminatoire qui trouverait à se déployer sans elle⁸⁸.

48. L'outil ne s'expose au reproche ou à l'inquiétude que si, ou dans la mesure où, il induit lui-même, ou est susceptible d'induire, pour une raison ou pour une autre, une décision discriminatoire, ou encore de la masquer ou de l'« invisibiliser ». Les lignes qui suivent s'efforceront par conséquent, tant que faire se peut, de rendre à César ce qui appartient à César.

B. LES DIFFÉRENTES VOIES PAR LESQUELLES UNE DISCRIMINATION POURRAIT SURVENIR EN RAISON DU RECOURS À L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE

49. Notre vision de la discrimination est souvent encore liée à une prise de décision (active) par un être humain, que le caractère discriminatoire de cette décision soit conscient ou non. Comment comprendre alors qu'en retirant cette intervention humaine du processus, ce même processus puisse encore se révéler source de discriminations ? Autrement dit, comment une décision prise par une machine, entraînée sur la base de données supposées objectives et, par définition, sans intervention émotionnelle aucune dans son processus de raisonnement, peut-elle être qualifiée de discriminatoire ?

50. Pour comprendre d'où viendraient les potentielles discriminations liées au recours à l'*automated decision making*, il faut se plonger dans le fonctionnement de ces processus, basés sur des algorithmes prédictifs, afin d'identifier à quelles étapes et comment des discriminations peuvent se produire.

51. Différentes typologies sont proposées à cet égard⁸⁹.

DGI(2017)12, prepared by the Committee of Experts on internet intermediaries (MSI-NET) for the Council of Europe' (2018), <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5>, p. 8 ; A. RIEKE, M. BOGEN and D.G. ROBINSON, *Public scrutiny of automated decisions: Early lessons and emerging methods*, Upturn and Omidyar Network (2018) www.omidyar.com/sites/default/files/file_archive/Public%20Scrutiny%20of%20Automated%20Decisions.pdf, p. 5.

⁸⁸ C. DAELMAN, « AI through a human rights lens », dans J. DE BRUYNE et C. VANLEENHOVE (éd.), *Artificial intelligence and the law*, Anvers, Intersentia, 2021, p. 142.

⁸⁹ A titre d'exemple, Martin EBERS, suivi par CHARLINE DAELMAN, proposent de faire une distinction entre la discrimination au niveau du processus (*process level*) et la discrimination au niveau de la classification (*classification level*) (C. DAELMAN, « AI through... », *op. cit.*,

Nous avons fait le choix ici de proposer une approche pragmatique, permettant à la fois d'expliquer le processus de prise de décision automatisée et ses différentes étapes et d'identifier les différentes discriminations potentielles pouvant se glisser dans ce processus à chaque niveau⁹⁰.

52. La prise de décision automatisée est basée sur un algorithme prédictif, c'est-à-dire un algorithme qui, sur la base des données qu'on lui fournit (*input*), en y appliquant certaines méthodes de classification, va prévoir un certain résultat (*output*)⁹¹. Par exemple, l'on peut fournir à un algorithme des CV de certains candidats à un poste (*input*), et lui demander d'identifier quels sont les bons ou les meilleurs candidats parmi ceux-ci (*output*). Dans un autre domaine, l'algorithme peut se baser sur les données de la lutte contre la drogue (*input*) pour prédire dans quels quartiers, à quelles heures ou encore quelles personnes sont susceptibles de se produire/participer à des ventes de substances illicites (*output*). Les exemples sont nombreux et variés et peuvent se situer dans n'importe quel domaine.

53. Avant de pouvoir utiliser ce genre d'algorithme afin de prévoir ces différents résultats, il faut le « construire », c'est-à-dire l'entraîner sur un set de données historiques pour lesquelles le résultat atteint, l'*output* est déjà connu. En pratique, cela signifie que l'on va fournir ce set de données complet à l'IA, et lui demander d'identifier les liens, similarités, différences etc. contenues dans ce set de données et permettant, sur la base uniquement de l'*input*, de prédire un certain résultat (qui équivaut, ici, à l'*output* déjà connu). Pour prendre un exemple très simple, l'on pourrait fournir à la machine un set de données personnelles (quartier du domicile, éducation, ...) sur un groupe de personnes ainsi que l'âge auquel ces personnes ont obtenu le permis de conduire. L'IA va dès lors analyser ces données afin de faire des liens entre les données personnelles fournies et l'âge d'obtention du permis (ex: les personnes vivant dans des quartiers desservis par des transports en commun n'obtiennent en général pas leur permis avant 28 ans, ou encore les personnes exerçant une profession commerciale obtiennent

p. 137). Dans ce cas, le processus renvoie aux différentes étapes par lesquelles passe le système d'IA afin de « prendre » sa décision (*Ibid.*, p. 138), tandis que la classification consiste dans le processus de sélection des attributs sur la base desquels on demande à l'algorithme de prendre cette décision (*Ibid.*, p. 140).

⁹⁰ Voy., pour une démarche identique, J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination... Op. cit.*, p. 37 ss; R. XENIDIS, and L. SENDEN, (2020), « EU Non-discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination », U. BERNITZ, e.a. (eds), *General Principles of EU Law and the EU Digital Order* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International) section 7.01[B]; J. KLEINBERG e.a. (2019), *Discrimination in the Age of Algorithms*, disponible sur : <https://arxiv.org/abs/1902.03731>.

⁹¹ Pour des raisons de place et afin de favoriser une bonne compréhension, nous baserons notre analyse sur l'hypothèse de l'apprentissage supervisé, plus facile à appréhender (sur cette notion, voy. ci-avant).

généralement leur permis entre 18 ans et 23 ans...). Ces classifications et liens entre les données fournies et le résultat à prévoir va permettre de créer un algorithme prédictif qui, sur la base cette fois uniquement des données de base (les données personnelles de l'individu en question), pourra prédire le résultat demandé (l'âge auquel cette personne passera le permis de conduire). Après avoir vérifié le bon fonctionnement de cet algorithme en l'appliquant à un autre set de données pour lesquelles le résultat est également connu, il pourra être utilisé sur de nouveaux jeux de données afin de prédire le résultat demandé.

54. La première étape du processus consiste dès lors en la sélection et le traitement (pondération et classification) des données (*input*) que l'on va fournir à l'IA. Lors de cette étape, plusieurs choix devront être faits : quel set de données utiliser, quelles données inclure ou non, comment classer ces données, quelle valeur leur accorder, etc. A ce stade déjà, plusieurs discriminations peuvent survenir.

55. D'une part, des discriminations peuvent survenir en lien avec la sélection même du set de données sur lequel l'algorithme sera entraîné. En effet, le choix du paquet de données utilisé n'est pas neutre puisque c'est sur cette base que l'algorithme va construire toutes ses prédictions. Plusieurs problèmes peuvent ainsi déjà être identifiés à ce stade. Le premier problème se situe au niveau des sets de données disponibles, qui peuvent contenir des erreurs pures et simples⁹², ou qui sont, dans beaucoup de cas, trop étroits ou trop peu diversifiés, ou encore non représentatifs des individus auxquels l'algorithme est voué à s'appliquer. Malgré la digitalisation de plus en plus poussée, et la quantité de données collectées en résultant, ces données ne suffisent souvent pas à donner à la machine un *data set* suffisamment fourni et varié pour éviter les discriminations à ce stade. Les données collectées peuvent par exemple être limitées aux utilisateurs des nouvelles technologies et dès lors exclure certaines parties de la population (cf. n° 3). Dans ces cas, l'algorithme pourrait identifier des liens inexistantes, faussant la prédiction finale, basés sur le manque de diversité de son set de données d'entraînement. Le second problème important à ce stade résulte des discriminations déjà contenues dans ces sets de données dont on va nourrir l'algorithme. Ces données historiques utilisées pour entraîner la machine sont effectivement basées sur des décisions humaines, des *outputs* assignés par une certaine personne à un *input* analysé par elle. Dès lors, des politiques discriminatoires du passé peuvent se retrouver dans ces sets de données, politiques que l'algorithme va alors identifier et ensuite reproduire, en les amplifiant, puisque c'est exactement ce qu'on lui demande de faire. « Bias in, bias out », comme on a coutume de le dire⁹³.

⁹² J. GERARDS et R. XENIDES, *Algorithmic discrimination...*, p. 43.

⁹³ S. BAROCAS et A.D. SELBST, « Big data's disparate impact », *op. cit.*, p. 683 ; ICO (2017), *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, para 96 ; A. ROUVROY et B.

56. D'autre part, des discriminations peuvent résulter des biais, qu'ils soient conscients ou inconscients, se manifestant lors de la sélection, non plus du *set* de données, mais bien des données à y inclure et de leur pondération. Une fois le *data set* choisi, avant que la machine ne puisse s'entraîner, il faut encore sélectionner les données, les classer, etc. Imaginons que nous élaborions un algorithme permettant de prédire si tel ou tel individu sera en mesure de rembourser un crédit. Une fois le *set* de données sélectionné, consistant en des données historiques d'un établissement de crédit, un tri doit encore être fait dans celui-ci. En effet, le paquet de données contient potentiellement un nombre important de données par individu, que l'on nomme des « attributs » (lieu et date de naissance, nombre de rendez-vous pris à la banque, statut familial, emploi, adresse, etc.), et qui ne sont pas toutes pertinentes. Lors de cette étape, on peut dès lors retirer certains attributs du paquet de données existant, ces attributs étant considérées comme n'ayant pas de lien avec le résultat final, et ce afin de limiter le nombre de données à analyser par la machine, ce qui favorise une plus grande précision de l'algorithme prédictif. Néanmoins, ce processus de sélection et de classification des attributs n'est pas neutre, puisque la personne procédant à cette étape se basera sur ses propres représentations, ce qui peut mener à des sélections ou pondérations d'attributs fondés sur une représentation fautive de la réalité, sur des biais propres à la personne procédant à cette sélection. Par ailleurs, afin d'éviter les discriminations sur la base de certaines caractéristiques protégées ou d'échapper tout simplement aux obligations que le traitement de pareilles données « sensibles » pourrait générer en application du RGPD, les développeurs de l'algorithme pourraient décider de retirer de l'ensemble des attributs contenus dans le *set* de données tous les attributs liés à ces caractéristiques protégées (comme le sexe ou l'âge par exemple). Néanmoins, cette solution peut être compromise par l'inclusion dans les *sets* de données d'attributs qui peuvent être des proxys de ces caractéristiques protégées, et sur base desquels la même discrimination que celle que le développeur a voulu éviter va se développer⁹⁴. Un exemple classique de tels attributs pouvant être considérés comme des proxys d'autres attributs est celui du code postal, qui peut être vu comme un proxy pour l'ethnicité ou encore le niveau de vie, et dès lors indirectement permettre à l'algorithme de fonder ses décisions sur ces attributs que l'on a pourtant spécifiquement voulu exclure. Comme le notent J. Gerards et R. Xenidis, ce « proxies challenge », potentiellement générateur de discriminations indirectes⁹⁵, « (...) can be coincidental or a result of deeply engrained, structural discrimination (...) but it can also be intentional, which

STIEGLER, « Le régime de la vérité numérique », *Socio*, 4, 2015, p. 116 ; A. CALISKAN, J. BRYSON, et A. NARAYANAN, « Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases », *Science*, 2017, n° 356, p. 138 à 186.

⁹⁴ C. DAELMAN, « AI through... », *op. cit.*, p. 141.

⁹⁵ J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination...*, *op. cit.*, p. 44.

is known as 'masking': a trivial and non-suspect proxy is used to mask a case of conscious discrimination based on a protected ground (...)».

Un exemple permettra de mieux comprendre ce qui précède. Le 27 décembre 2020, le tribunal du travail de Bologne a rendu une ordonnance⁹⁶ établissant la discrimination pour raisons syndicales – en l'occurrence, pour participation à une grève – imputable à l'algorithme «Frank» utilisé par la plateforme numérique Deliveroo Italia. Le tribunal a considéré comme une discrimination indirecte dans l'accès aux offres d'emploi le fait que la plateforme donne la priorité dans l'allocation de leurs créneaux horaires aux livreurs qui s'avèrent être les plus «fiabiles» en termes de réputation (classement). En l'occurrence, les absences et désistements tardifs étaient comptabilisés comme facteurs de non-fiabilité, sans qu'une quelconque différence ne soit opérée sur base de la raison desdites absences: le travailleur malade ou prenant part à une grève était traité à la même enseigne que le travailleur qui, pour une raison non légitime, n'effectuait pas son service.

57. Dans sa formulation initiale, la proposition de règlement du 21 avril 2021 s'efforce de mettre en place diverses «*parades*» face aux premières difficultés ainsi identifiées. Au titre des exigences spécifiques applicables aux systèmes d'IA répertoriés «à haut risque»⁹⁷, il est entre autres requis que «*les jeux de données d'entraînement, de validation et de test*» soient «*pertinents, représentatifs, exempts d'erreurs et complets*» (art. 16, § 2, al. 2). De manière assez intéressante, la proposition de règlement envisage de «soigner le mal par le mal», en prévoyant que «dans la mesure où cela est strictement nécessaire aux fins de surveillance, de la détection et de la correction de biais en ce qui concerne les systèmes d'IA à haut risque, les fournisseurs de ces systèmes peuvent traiter des catégories particulières de données à caractère personnel visées à l'article 9, § 1er, du Règlement (UE) 2016/679 (...)», soit des données aussi sensibles que celles qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou encore, l'appartenance syndicale.

58. Une fois que le set de données est identifié et traité, il va être fourni à la machine afin que celle-ci puisse identifier les liens entre l'*input* et l'*output* fourni et construire l'algorithme prédictif. Si différents types d'algorithmes peuvent être mis en place afin de réaliser ces liens, il est important de noter que, dans tous les cas, la représentation algorithmique des données et les résultats qui

⁹⁶ La décision est disponible en ligne: <https://urlz.fr/eUi0> en italien. Sur cette décision, voy. L. RATTI ET M. PEYRONNET, «Algorithmes et risques de discrimination: quel contrôle du juge?», *Revue de droit du travail*, 2021, p. 81 et suiv.

⁹⁷ Les systèmes concernés, identifiés sur la base de l'article 6 du règlement proposé, sont notamment ceux que vise l'annexe III à celui-ci. Cela inclut, entre autres, la mobilisation de l'intelligence artificielle aux fins de détermination de l'éligibilité à des prestations sociales, dans le cadre de l'asile et de l'immigration et dans le domaine du *law enforcement*.

en résultent se basent sur une modélisation, une représentation statistique des différentes variables contenues dans le set de données. C'est pourquoi l'on retrouve, à ce stade également, un risque de discrimination, liée ici à la standardisation statistique des comportements et des données en général⁹⁸. En effet, les attributs utilisés par l'algorithme ne parviennent jamais à capturer la singularité spécifique d'une situation. Aussi approfondie soit la fonction utilisée, aussi nombreux soient les attributs et les données dont se nourrit l'algorithme, le résultat final restera toujours une généralisation⁹⁹. On touche ici du doigt une difficulté bien connue dans la technique assurantielle¹⁰⁰.

59. Suite à cet entraînement de l'IA, résultant en un algorithme prédictif que l'on va ensuite pouvoir appliquer sur un set de données nouvelles, l'algorithme va être testé. En pratique, cela signifie que l'on va appliquer l'algorithme sur un set de données historique, identique à celui utilisé pour l'entraînement (c'est-à-dire contenant les mêmes attributs pour chaque donnée, les données elles-mêmes étant bien évidemment différentes). Le résultat (*output*) à obtenir pour ces données est donc déjà connu, néanmoins on ne va pas le donner à la machine, mais plutôt l'utiliser pour évaluer les prédictions de l'IA en confrontant les résultats obtenus par celle-ci par l'application de l'algorithme prédictif aux véritables résultats contenus dans la base de données. Ainsi, si les résultats ne sont pas satisfaisants, le développeur du système reviendra aux étapes précédentes afin de modifier les données utilisées, les attributs sélectionnés ou encore l'algorithme utilisé dans le but d'obtenir l'algorithme prédictif le plus performant possible. Si aucune discrimination particulière ne résulte de cette étape de « *testing* », elle permet néanmoins de se rendre compte que ces algorithmes prédictifs ont toujours une certaine marge d'erreur. Les développeurs tenteront de réduire cette marge afin qu'elle soit la plus minime possible; cependant une certaine marge d'erreur sera tout de même acceptée, ce qui signifie que l'algorithme mènera à des solutions faussées, et dès lors potentiellement discriminantes, sans que l'on puisse les identifier automatiquement, dans un certain pourcentage de cas.

60. Enfin, une fois le développeur satisfait du taux de précision et d'exactitude de l'algorithme prédictif, celui-ci va pouvoir être utilisé sur de nouveaux sets de données, pour lesquels l'*output* n'est pas connu, afin de prédire celui-ci. C'est lors de cette étape que se cristalliseront toutes les discriminations que l'on vient d'évoquer, qui ont été « insérées » dans l'algorithme aux différents stades de son élaboration.

⁹⁸ R. XENIDIS et L. SENDEN, « EU non-discrimination law... », *op. cit.*, p. 7.

⁹⁹ F. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination...*, *op. cit.*, p. 39; T. KRUPY, « Why the proposed Artificial Intelligence Regulation does not deliver on the promise to protect individuals from harm », *European Law Blog*, 23 juillet 2021.

¹⁰⁰ S. VAN DROOGHENBROECK et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Égalité et droit des assurances. De nouvelles données », *Du neuf en assurance R.C. automobile*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 61 à 133.

Avec pour conséquence des décisions discriminatoires qui, de par la possibilité d'application de l'algorithme à très grande échelle, seront d'autant plus nombreuses.

C. LA NATURE DES DIFFICULTÉS POSÉES

61. En quoi les discriminations potentielles liées au recours à l'IA, telles que nous les avons recensées ci-avant, mettent-elle au défi le *corpus juris* actuellement dédié à la lutte contre la discrimination ? Trois thèmes nous semblent devoir être abordés : l'éventuelle insuffisance de couverture du droit antidiscriminatoire (A), l'opacité (B) et le droit au secret (C).

1. L'insuffisante « couverture » du droit antidiscriminatoire

62. Le développement du recours à l'IA et la mise en lumière des différents types de discrimination auxquels il peut aboutir, jettent une lumière crue sur l'étroitesse de couverture, *de lege lata*, du droit dérivé de l'Union européenne : les domaines couverts sont en-deçà de ceux dans lesquels l'IA se déploie, et la liste des critères protégés n'apparaît pas assez riche. Pour cette raison, la directive « horizontale », à laquelle nous avons déjà fait allusion (n° 25), se fait attendre¹⁰¹. Une solution en pis-aller a parfois été suggérée, qui consisterait à mobiliser l'effet horizontal des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dédiée à l'égalité, et singulièrement de son article 21. Force est cependant de constater que la jurisprudence actuelle de la Cour de justice n'offre pas que des encouragements à explorer cette voie¹⁰².

63. La proposition de règlement du 21 avril 2021 ne permettra pas de remédier à la situation. Sur un plan général, et quoi qu'il affirme son articulation cohérente avec celle-ci¹⁰³, force est de constater que le règlement proposé n'est pas un instrument de droit antidiscriminatoire (l'article 19 du TFUE ne compte pas parmi ses fondements), et n'entend pas, à ce titre, conférer aux victimes de discrimination de nouvelles voies de droit dans des domaines plus étendus. De manière plus spécifique, on observe de toute façon que, même dans le champ d'application qui lui est propre, le règlement proposé présente, par rapport aux enjeux qui nous occupent, d'importantes lacunes, et n'offre pas une protection suffisante.

¹⁰¹ Voy. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, « Price discrimination... », *European Business Law Review*, vol 31, 2020/3, pp. 401-422.

¹⁰² J. GERARDS et R. XENIDES, *Algorithmic discrimination...*, *op. cit.*, p. 64 à 65 et 141 à 142.

¹⁰³ Voy. COM(2021) 206 final, Exposé des motifs, p. 4. « En outre la proposition complète le droit de l'Union existant en matière de non-discrimination en prévoyant des exigences spécifiques qui visent à réduire au maximum le risque de discrimination algorithmique (...) »

Ainsi, dans sa version initiale l'article 5 proposé envisage l'interdiction pure et simple de certaines pratiques d'IA. Il en va ainsi, entre autres, s'agissant de la « notation sociale » fondée sur l'IA qui serait effectuée à des fins générales par les autorités publiques ou pour le compte de celles-ci. Plus précisément, l'article 5, § 1^{er}, c, interdit :

« la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation, par les pouvoirs publics ou pour leur compte, de systèmes d'IA destinés à évaluer ou à établir un classement de la fiabilité de personnes physiques au cours d'une période donnée en fonction de leur comportement social ou de caractéristiques personnelles ou de personnalité connues ou prédites, la note sociale conduisant à l'une ou l'autre des situations suivantes, ou aux deux :

- i) le traitement préjudiciable ou défavorable de certaines personnes physiques ou de groupes entiers de personnes physiques dans des contextes sociaux dissociés du contexte dans lequel les données ont été générées ou collectées à l'origine ;
- ii) le traitement préjudiciable ou défavorable de certaines personnes physiques ou de groupes entiers de personnes physiques, qui est injustifié ou disproportionné par rapport à leur comportement social ou à la gravité de celui-ci ; »

Le dispositif ainsi envisagé s'est exposé à diverses critiques de la part de ses premiers commentateurs. Entre autres, il lui est reproché de n'interdire la « notation sociale » que lorsqu'elle est le fait de l'autorité publique ou lorsqu'elle est réalisée pour le compte de celle-ci, mais non lorsqu'elle est réalisée par des acteurs privés à leur bénéfice¹⁰⁴. Les débats en cours au Parlement européen au Printemps 2022 montrent l'existence de profonds désaccords sur la question¹⁰⁵. On s'étonne par ailleurs que, dans certains domaines tels la tarification des primes assurantielles¹⁰⁶, le recours à l'IA ne soit pas répertorié comme étant à « haut risque », avec les garanties que cela comporte.

64. Ainsi que nous l'avons d'ores et déjà souligné, le droit belge (fédéral et fédéré) de la lutte contre la discrimination a un champ d'application matériel et personnel bien plus large que celui du droit dérivé de l'Union européenne, et offre par conséquent une couverture suffisante au phénomène rencontré. Les problèmes sont ailleurs.

¹⁰⁴ Voy. M. VEALE et F. ZUIDERVEEN BORGESIU, « Demystifying ... », *op. cit.*, p. 7 ; European Data Protection Board/European Data Protection Supervisor, *Joint Opinion 5/2021 on the proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 18 juin 2021, p. 11.

¹⁰⁵ www.euractiv.com/section/digital/news/leading-meps-raise-the-curtain-on-draft-ai-rules/. Comp. cependant avec la proposition d'amendement qui avait été faite par la présidence slovène (www.euractiv.com/section/digital/news/eu-council-presidency-pitches-significant-changes-to-ai-act-proposal/). Voy. ég. la note adressée par la Présidence au COREPER en date du 22 novembre 2021 (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13802-2021-REV-1/en/pdf>).

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 9.

2. Le problème de l'opacité

65. « Opacité » compte parmi les termes le plus souvent associés au recours à l'IA¹⁰⁷. Celle-ci s'expérimente à plusieurs niveaux, étroitement corrélés entre eux.

66. Une relative opacité règne, tout d'abord, au niveau de la perception que les « victimes » de la discrimination produite pourraient avoir ou non de l'existence même de celle-ci, avec cette conséquence que, dans l'ignorance, elles s'abstiennent purement et simplement de la dénoncer, à l'auteur lui-même ou aux instances – judiciaires ou autres (*equality bodies*, groupement d'intérêts) – en charge de l'application de la législation antidiscriminatoire. Comme le notent S. WATCHER, B. MITTELSTADT et C. RUSSEL¹⁰⁸ :

« By definition claimants must experience or anticipate inequality. Compared to traditional forms of discrimination, automated discrimination is more abstract and unintuitive, subtle, and intangible (...). These characteristics make it difficult to detect and prove as victims may never realise they have been disadvantaged (...) Seeing colleagues getting hired or promoted, or comparing prices in supermarkets, help us to understand whether we are treated fairly. In an algorithmic world this comparative element is increasingly eroded; it will be much harder, for example, for consumers to assess whether they have been offered the best price possible or to know that certain advertisements have not been shown to them ».

67. L'opacité règne également dans le fonctionnement intime de l'algorithme. Le phénomène de la « boîte noire » (*black box*) est, à cet égard, bien connu et bien documenté¹⁰⁹. Le *High-Level Group of Experts on Artificial Intelligence*¹¹⁰ explique à ce sujet :

« Some machine learning techniques, although very successful from the accuracy point of view, are very opaque in terms of understanding how they make decisions. The notion of black-box AI refers to such scenarios, where it is not possible to trace back to the reason for certain decisions ».

Cet effet de « boîte noire », qui peut finir par s'imposer aux concepteurs de l'algorithme eux-mêmes, obscurcit, voire rend inintelligibles, les causalités et corrélations – à établir ou à réfuter – entre telle ou telle caractéristique protégée et le traitement défavorable subi. Telle ou telle décision a-t-elle, ou non, été prise en tout ou partie sur la base du genre, de l'âge ou du handicap de la personne concernée ?

¹⁰⁷ J. BURRELL, « How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms », *Big Data & Society*, 2016, p. 1 à 12.

¹⁰⁸ « Why fairness cannot be automated: bridging the gap between EU non-discrimination law and AI », *Computer Law & Security Review*, 2021, vol. 41.

¹⁰⁹ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating...*, *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁰ https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60651.

Une réponse à cette question deviendra de plus en plus difficile à donner, ou même à suggérer, au stade de l'établissement par la victime d'un *prima facie case* apte à générer le partage de la charge de la preuve. L'incertitude persistante sur le «facteur» causal du traitement défavorable générera par ailleurs, et fort logiquement, un embarras dans l'identification du *comparator* de la distinction de traitement dénoncée: or, et en l'état actuel du droit antidiscriminatoire, cette identification est incontournable. Voilà pourquoi nombre d'auteurs soulignent que, face aux décisions fondées sur le recours à l'IA, les plaidoyers arguant l'existence de discriminations *directes*, au sens prédéfini (n° 30), perdront inévitablement du terrain¹¹¹. Sans doute cette perte de terrain n'exposera-t-elle pas au vide de protection: il pourra en effet toujours être soutenu, pourvu que le matériel probatoire disponible permette d'établir un «impact disproportionné», que la décision litigieuse est la résultante d'une discrimination *indirecte* fondée sur tel ou tel critère. Le rabattement systématique sur la *discrimination indirecte* et la déréluction corrélative de la *discrimination directe* n'est cependant pas indifférent en termes de régime juridique: là où les *distinctions directes* obéissent à un système de justification plus ou moins fermé, et donc exigeant, la *distinction indirecte*, quant à elle, renvoie à un système ouvert de justification nettement plus souple et tolérant.

68. Enfin, l'opacité de fonctionnement des algorithmes peut créer un embarras dans l'imputation des responsabilités. Celle-ci repose-t-elle sur le concepteur ou sur l'utilisateur? Et qu'en est-il lorsque le «dysfonctionnement discriminatoire» de l'algorithme opère au nez et à la barbe de l'un ou l'autre, voire de l'un *et* l'autre? A notre estime, pareilles situations mettent hors-jeu certaines des «sanctions» du droit antidiscriminatoire belge, mais pas toutes. L'application des sanctions pénales devra être écartée, puisque celles-ci ne peuvent s'appliquer qu'en présence d'une discrimination *intentionnelle*¹¹². Par contre, l'action en cessation de la discrimination constatée est parfaitement envisageable, à l'encontre de l'utilisateur de l'algorithme litigieux, quand bien même celui-ci ignorerait l'existence de cette discrimination.

69. On notera, dans sa version initiale, que la proposition de règlement du 21 avril 2021 comporte divers dispositifs visant à réduire l'opacité prédécrite, et les inconvénients qui lui sont liés, lorsque l'on se trouve devant des pratiques d'IA réputées «à haut risque»: mise en place et mise à jour obligatoires d'un «système de gestion des risques» (art. 9); établissement et mise à disposition de la «documentation technique» relative au système d'IA (art. 11); obligation de prévoir des fonctionnalités d'enregistrement automatique des événements (art. 12); obligation que la conception et le développement des systèmes d'IA à

¹¹¹ J. GERARDS et R. XENIDES, *Algorithmic discrimination...*, *op. cit.*, p. 69; R. XENIDIS et L. SENDEN, «EU non-discrimination law...», *op. cit.*

¹¹² Art. 21 de la loi anti-discrimination.

haut risque soient tels que « le fonctionnement de ces système sont suffisamment transparents pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats du système (...) » (art. 13). *Last but not least*, l'article 14 de la proposition de règlement prévoit que « la conception et le développement des systèmes d'IA à haut risque permettent, notamment au travers d'interfaces homme-machine appropriées, un contrôle effectif par des personnes physiques » pendant la période d'utilisation du système d'IA. Le contrôle humain pareillement requis doit notamment offrir la possibilité d' « avoir conscience d'une éventuelle tendance à se fier automatiquement ou excessivement aux résultats produits par un système d'IA à haut risque ('biais d'automatisation') » et, le cas échéant, d'être en mesure « de décider, dans une situation particulière, de ne pas utiliser le système d'IA à au risque ou de négliger, passer outre ou inverser le résultat fourni par ce système ».

3. Le problème du secret

70. *De lege lata*, et abstraction faite des perspectives qu'ouvre la proposition de règlement d'une 21 avril 2021, l'une des pistes massivement privilégiées pour faire face aux défis que pose l'IA est le croisement du droit antidiscriminatoire et du droit de la protection des données¹¹³. En particulier, il s'agirait d'ouvrir les « *black boxes* » en se fondant sur le « droit à l'explication » que fonde l'article 22 du RGPD¹¹⁴. Selon le § 1^{er} de ce dernier :

« 1. La personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire (...) ».

Le préambule du RGPD précise :

« (...) En tout état de cause, un traitement de ce type devrait être assorti de garanties appropriées, qui devraient comprendre une information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision. Cette mesure ne devrait pas concerner un enfant » (§ 71, notre accent).

¹¹³ Sur ce sujet, voy., de manière concrète, les avis respectivement donnés par l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains (avis n° 5/2021 du 5 octobre 2021, *op. cit.*) et l'Autorité de protection des données (Avis n° 157/2021, 5 octobre 2021, consultable sur www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-157-2021.pdf) à propos de la proposition de loi modifiant la loi relative à la publicité de l'administration du 11 avril 1994 afin d'introduire une plus grande transparence dans l'usage des algorithmes par les administrations.

¹¹⁴ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating...*, *op. cit.*, p. 56.

71. La transparence et le droit à l'explication ainsi mis en avant peuvent cependant se heurter au droit au «secret» dont l'algorithme et son fonctionnement feraient l'objet. Pareil «droit au secret» est certes en principe exclu dans le chef de l'autorité publique elle-même, eu égard à l'obligation de transparence administrative¹¹⁵ qui pèse sur elle en application – s'agissant de la Belgique – de l'article 32 de la Constitution et des législations qui le mettent en œuvre.

Par contre, l'acteur privé sera peut-être enclin à invoquer¹¹⁶, pour contrer la demande de mise à plat de son algorithme par lui-même ou par l'autorité publique qui l'utilise, le droit au secret des affaires¹¹⁷ que consacrent à son profit le droit dérivé de l'Union européenne et la loi belge qui en constitue la transposition. Comme le relève entre autres l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, il y a là, potentiellement, une importante hypothèque sur l'effectivité des dispositifs visant à assurer la transparence dans le recours à l'IA¹¹⁸

72. Le droit au secret des affaires est reconnu dans le droit belge depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires¹¹⁹. Cette loi, modifiant le Code de droit économique ainsi que le code judiciaire et la loi relative aux contrats de travail, est la transposition en droit belge de la directive européenne de 2016 en la matière, dite directive sur les secrets d'affaires¹²⁰.

73. Depuis l'entrée en vigueur de la loi de transposition, la Belgique s'est dotée d'un cadre juridique général visant à protéger le secret des affaires. Sur la base de celui-ci, le détenteur d'un secret d'affaires dispose désormais de différentes mesures afin de limiter l'obtention, l'utilisation ou la divulgation de ce secret.

Pour bénéficier de cette protection relative aux secrets d'affaires, trois conditions cumulatives, prévues par l'article I.17/1, 1° du Code de droit économique, doivent être remplies par l'information en question: (i) l'information doit être secrète, (ii) l'information doit avoir une valeur commerciale parce qu'elle est secrète; et (iii)

¹¹⁵ Voy., en France, Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020 (Communicabilité et publicité des algorithmes mis en œuvre par les établissements d'enseignement supérieur pour l'examen des demandes d'inscription en premier cycle).

¹¹⁶ Voy. F. MARTY, «La protection des algorithmes par le secret des affaires. Entre risques de faux négatifs et risques de faux positifs», *RIDE*, 2019/2, p. 211 à 237.

¹¹⁷ F. ZUIDERVEEN BORGESUS, *Discrimination...*, *op. cit.*; CNIL, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁸ L'institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, avis n° Avocate 5/2021 du 5 octobre 2021, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁹ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018.

¹²⁰ Directive européenne 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *JOUE* du 15 juin 2016, 157^e éd., p. 1.

l'information doit avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à la garder secrète. Cela signifie donc qu'un algorithme sur la base duquel seront prises des décisions automatisées pourrait, pour autant que les trois conditions énoncées ci-dessus soient remplies, bénéficier de la protection pour secret d'affaires.

Sans entrer dans les détails du régime mis en place, il apparaît cependant que le « secret » ainsi protégé n'est pas absolu¹²¹, et que le droit à la non-discrimination est en mesure de lui être opposé. Éclairée par le devoir de collaboration loyale à l'administration de la preuve¹²² et moyennant le respect du cadre procédural fourni par l'article 871*bis* du Code judiciaire, une mise en balance des intérêts¹²³ en présence sera nécessaire afin, le cas échéant, de requérir la transparence dans le cadre des processus d'*automated decision making*.

74. Il est difficile, à l'heure actuelle, de prévoir à quel point les exigences de transparence et d'explicabilité des décisions prendront le dessus, dans le cadre d'une mise en balance des intérêts en jeu, sur la protection des secrets d'affaires et d'autres intérêts commerciaux, en matière de prises de décisions automatisées. Constatons en tout cas que, en l'état actuel, les positions des textes et de leurs interprètes demeurent, sur ce point, très prudentes, voire chèvre-choutistes¹²⁴. La proposition de règlement du 21 avril 2021, telle que nous l'avons évoquée ci-dessus (n° 69), précise assez considérablement le devoir de transparence pesant sur les fournisseurs de système d'IA, sans cependant se départir d'un souci général d'équilibre des intérêts en présence¹²⁵.

4. Des pistes de solution ?

75. Les très (trop) longs développements qui précèdent pointent plusieurs lacunes *de lege lata* dans les ressources qu'offre le droit antidiscriminatoire pour répondre aux risques inhérents à l'IA.

Ainsi que le relèvent R. ALLEN et D. MASTERS¹²⁶, il n'existe encore, à l'heure actuelle, aucune législation nationale qui ait été édictée spécifiquement pour

¹²¹ Un parallèle peut être fait, sur ce point, avec les obligations de transparence qui sont spécifiquement édictées par l'article 5 du Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne.

¹²² Article 8.4, al. 4, du livre VIII du Nouveau Code civil.

¹²³ Voy. p. ex. C.J.C.E. (3^{ème} ch.), *Varec SA c. Etat belge*, C-450/06, 14 février 2008.

¹²⁴ Voy. en effet le § 63 du Préambule du RGPD. Voy. ég. Groupe de Travail « Article 29 », Lignes directrices relatives à la prise de décision individuelle automatisée et au profilage aux fins du règlement (UE) 2016/679, consultable sur https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053.

¹²⁵ Voy. la p. 14 de l'exposé des motifs de la proposition.

¹²⁶ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating ...*, op. cit.

faire face à cette problématique¹²⁷, et qui puisse servir de « modèle ». Diverses pistes peuvent cependant être ouvertes, à l'aune de la littérature – de plus en plus abondante – disponible sur ce thème¹²⁸, et des premiers commentaires qu'a suscité la proposition de règlement du 21 avril 2021. Ces pistes concernent la charge de la preuve de la discrimination (A), et la « prévention », au sens large, de sa survenance (B).

D. LA CHARGE DE LA PREUVE

76. Le droit antidiscriminatoire – européen et belge – repose sur un partage de la charge de la preuve. La victime ne peut se contenter d'alléguer qu'elle a subi une discrimination directe ou indirecte pour imposer à la partie défenderesse la preuve du contraire: encore faut-il qu'elle fournisse un *prima facie case*. Cette première manche peut cependant se révéler particulièrement délicate à jouer lorsqu'est en cause une décision automatisée, en raison de l'opacité, ci-avant soulignée, du fonctionnement des algorithmes. Comme nous l'avons vu, l'invocation de l'article 22 du RGPD n'est pas, à l'heure actuelle, une solution miraculeuse.

77. On peut alors se tourner vers les ressources du droit antidiscriminatoire¹²⁹, et, spécifiquement, des inférences probatoires qu'il permet en présence de cette « opacité ».

Dans l'arrêt *Meister*¹³⁰, la Cour de justice a, certes, clairement limité le devoir d'information incombant à la partie défenderesse en cas d'allégation, à son encounter, d'une discrimination :

« les articles 8, paragraphe 1, de la directive 2000/43, 10, paragraphe 1, de la directive 2000/78 et 19, paragraphe 1, de la directive 2006/54 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat. » (pt. 46)

Le même arrêt ajoute cependant que « (...) il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 57.

¹²⁸ Voy. J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm discrimination...*, *op. cit.*, p. 140 et suiv.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 146.

¹³⁰ CJUE, C-415/10, 19 avril 2012, *Galina Meister*, ECLI:EU:C:2012:217.

Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal ».

L'absence de coopération de la partie défenderesse à la dissipation de l'opacité pourrait ainsi nourrir le *prima facie case*.

Cette déduction mérite d'être reliée à l'enseignement de l'arrêt *Danfoss*¹³¹ :

« (...) la directive sur l'égalité des rémunérations doit être interprétée en ce sens que, lorsqu'une entreprise applique un système de rémunération qui est caractérisé par un manque total de transparence, l'employeur a la charge de prouver que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins. »

L'absence de transparence facilite, ici aussi, la tâche de la victime.

78. Ces précédents gagnent à être revisités et redynamisés dans l'abord des problèmes nouveaux que suscite l'IA. Tel est le plaidoyer que livrent entre autres J. Gerards et R. Xenidis¹³², ainsi que R. Allen et D. Masters¹³³. Ces derniers encouragent au demeurant la Commission à formaliser ce « renversement » de la charge de la preuve¹³⁴ par une nouvelle initiative législative. La proposition de règlement du 21 avril 2021, tout en accentuant, nous l'avons vu (n° 69), le devoir de transparence imposé au fournisseur de l'IA à « haut risque »¹³⁵, ne va cependant pas jusqu'à faire droit à cette suggestion de réforme. Une réflexion reste donc à mener sur ce point.

E. UNE APPROCHE FONDÉE SUR LE RISQUE ET LA PRÉVENTION DU RISQUE

79. Comme tendait à le souligner M. Hildebrandt dans un webinaire tenu le 16 mars 2021¹³⁶, les problèmes suscités par l'IA requièrent sans aucun doute un renouvellement de paradigme. Il n'en va pas autrement dans le domaine de la lutte contre les discriminations. La violence invisible et lente qui les caractérise,

¹³¹ Case C- 109/88, 17 octobre 1989, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening Ex p. Danfoss A/S ECLI:EU:C:1989:383.

¹³² Voy. J. GERARDS et R. XENIDIS, *Algorithm ...*, op. cit., p. 146.

¹³³ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating...*, op. cit., p. 57.

¹³⁴ R. ALLEN QC et D. MASTERS, *Regulating...*, op. cit., p. 70.

¹³⁵ Voy. A. KISELEVA, « Making AI's transparency transparent: notes on the EU Proposal for the AI Act », *European Law Blog*, publié le 29 juillet 2021.

¹³⁶ « Artificial Intelligence & Law, Perspectives from Europe and Canada », 16 mars 2021, webinaire organisé dans le cadre de la Semaine belge de l'intelligence artificielle (15-19 mars 2021), disponible sur www.youtube.com/watch?v=ashyysoXD3w.

en raison de l'opacité de la manière dont elles œuvrent, ne peut être correctement appréhendée par les seules voies curatives classiques qui font reposer sur des « victimes » le soin de prendre *ex post* les initiatives nécessaires à la constatation d'une discrimination, ou de les faire prendre par un acteur collectif – association, *equality body* – disposant du *locus standi* requis. Une logique fondée sur le « risque » et la « prévention du risque » doit être mise en œuvre¹³⁷.

C'est dans cette perspective que s'inscrit indubitablement, et à la satisfaction de ses commentateurs¹³⁸, la proposition de règlement du 21 avril 2021. Dans sa version initiale, celle-ci distingue, nous l'avons vu, des pratiques d'IA totalement prohibées – à l'instar des notations sociales visées par l'article 5 (n° 69) –, et les pratiques d'IA qui, sans être interdites complètement, ni d'ailleurs être réputées licites *a priori*, présentent cependant un « haut risque » que l'on s'efforce de réduire par divers voies précédemment évoquées (mise à disposition de documentation technique, ...) (n° 69) et par un système de certification¹³⁹.

80. L'une des critiques adressée à la proposition de règlement n'est donc pas tant d'avoir négligé ce volet préventif – si ce n'est, éventuellement, à propos des systèmes d'IA non réputés « à haut risque » –, mais bien de l'avoir surdimensionné en oubliant la question des droits individuels des « victimes » de l'IA, et des remèdes et recours mis à leur disposition¹⁴⁰. Nul doute que la suite du processus d'adoption du règlement donnera lieu à des débats nourris sur ce terrain.

81. Dans le contexte purement belge, l'on pourrait songer à la dynamisation de l'utilisation des « droits d'action collectifs » dont l'exercice ne suppose pas nécessairement la preuve de l'existence de « victimes »¹⁴¹, ou peut se dispenser de l'accord de celles-ci lorsqu'elles existent. On doit, de ce dernier point de vue, regretter la sous-utilisation, par le Ministère public, du droit d'action qui lui est conféré¹⁴². *De lege ferenda*, l'on pourrait également songer à concéder un

¹³⁷ *High-Level Group of Experts on Artificial Intelligence, Policy and investment recommendations, op. cit.*

¹³⁸ European Data Protection Board/European Data Protection Supervisor, *Joint Opinion 5/2021...*, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁹ Pour une description de ce système, voy. M. VEALE ET F. ZUIDERVEEN BORGESIU, « Demystifying... », *op. cit.*, p. 14 et suiv.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 9. Voy. eg. M. VEALE ET F. ZUIDERVEEN BORGESIU, « Demystifying... », *op. cit.*, p. 24 à 25, ainsi que les commentaires de AI4Belgium sur la proposition de règlement (p. 8 à 9) (https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12527-Intelligence-artificielle-exigences-ethiques-et-juridiques/F2665502_fr).

¹⁴¹ Voy. Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre la discrimination (2017), *op. cit.* p. 75, n° 239.

¹⁴² *Ibid.* p. 76, n° 245 et 246.

droit d'action en justice, sur base des lois anti-discriminations, à l'Autorité de protection des données¹⁴³.

* * *

82. La très longue contribution qui s'achève s'est efforcée d'aborder de front, sous le chapeau unique de la digitalisation et avec les lunettes communes du droit antidiscriminatoire, deux problématiques qui, d'expérience, sont rarement reliées entre elles : la fracture numérique et le recours à l'IA. Notre ambition était modeste : il s'agissait avant tout d'effectuer un cadastre des phénomènes étudiés et des difficultés qu'ils révèlent au travers de lunettes précitées, en esquissant l'une ou l'autre piste de réflexion visant à mieux équiper le droit antidiscriminatoire aux fins d'y répondre.

¹⁴³ A l'heure actuelle, « [l']autorité de protection des données a le pouvoir de porter toute infraction aux principes fondamentaux de la protection des données à caractère personnel, dans le cadre de la présente loi et des lois contenant des dispositions relatives à la protection du traitement des données à caractère personnel, à l'attention des autorités judiciaires et, le cas échéant, d'ester en justice en vue de voir appliquer ces principes fondamentaux » (art. 6 du 3 décembre 2017 portant création de l'autorité de protection des données).



**CONSTATER ET PROUVER LES
DISCRIMINATIONS :
LES POTENTIALITÉS DES
TESTS DE SITUATION**

**DISCRIMINATIE VASTSTELLEN
EN BEWIJZEN: HET POTENTIEEL
VAN PRAKTIJKTESTEN**



PRAKTIJKTESTEN EN *MYSTERY*
SHOPPING ALS BELEIDSINSTRUMENT
TEGEN DISCRIMINATIE: EEN
ANALYSE VAN HUN VERSCHILLENDE
TOEPASSINGEN OP DE ARBEIDS-
EN HUURWONINGMARKT

LES TESTS DE SITUATION ET LES
CLIENTS MYSTÈRES COMME OUTIL
DE POLITIQUE PUBLIQUE CONTRE
LA DISCRIMINATION: UNE ANALYSE
DES DIFFÉRENTES APPLICATIONS
SUR LE MARCHÉ DU TRAVAIL ET LE
MARCHÉ DU LOGEMENT LOCATIF

Pieter-Paul VERHAEGHE
Vrije Universiteit Brussel

I. INLEIDING

Praktijktesten worden door academici in binnen- en buitenland reeds ettelijke decennia gebruikt om discriminatie op de huurwoning- en arbeidsmarkt te onderzoeken.¹ Uit verschillende meta-analyses blijkt de systematische discriminatie op basis van etnische herkomst, leeftijd, geslacht, fysieke of mentale beperking en tal van andere

¹ Discriminatie wordt in dit hoofdstuk gedefinieerd als de ongelijke en niet te rechtvaardigen behandeling van personen omwille van een beschermde discriminatiegrond. We behandelen het onderwerp vanuit een sociaalwetenschappelijk perspectief, waardoor het concept 'discriminatie' in deze tekst niet steeds aansluit bij de juridische invulling van het concept.

beschermde discriminatiegronden.² Ook in België hebben praktijktesten reeds structurele discriminatie aangetoond op de arbeidsmarkt en huisvestingsmarkt.³

Naast de academische wereld hebben ook beleidsmakers in België een groeiende interesse in het gebruik van praktijktesten als instrument om discriminatie te monitoren en tegen te gaan. In 2017 verscheen hierover het artikel ‘Praktijktesten: van onderzoeksmethode naar beleidsinstrument tegen discriminatie?’.⁴ In dat overzichtsartikel braken we een lans om bruggen te slaan tussen academici, beleidsmakers en middenveldorganisaties en om praktijktesten zowel als wetenschappelijke methode als beleidsinstrument te gebruiken. Op dat moment was het effectieve gebruik van praktijktesten als beleidsinstrument om discriminatie te bestrijden zeer beperkt. Enkel Stad Gent maakte er breed gebruik van om discriminatie op de huurwoningmarkt niet enkel te meten, maar ook om deze tegen te gaan.⁵ Alle andere toepassingen van praktijktesten hadden ofwel een louter academische finaliteit (het meten en begrijpen van discriminatie) of waren zeer kleinschalig (bv. als bijkomend element in een specifieke gerechtelijke procedure). Politiek lagen de praktijktesten ook zeer gevoelig met erg verhitte publieke debatten tot gevolg.

Er is ondertussen veel veranderd. Steeds meer lokale en regionale overheden rollen praktijktesten op brede schaal uit om huur- en arbeidsdiscriminatie tegen te gaan (zie verder). Praktijktesten zijn de afgelopen jaren in veel kringen even-

² K. AUSPURG, A. SCHNECK en T. HINZ, “Closed doors everywhere? A meta-analysis of field experiments on ethnic discrimination in rental housing markets”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 1, 2019, 95-114; A. FLAGE, “Ethnic and gender discrimination in the rental housing market: evidence from a meta-analysis of correspondence tests, 2006-2017”, *Journal of Housing Economics*, 41, 2018, 251-273; L. QUILLIAN, J.J. LEE en B. HONORÉ, “Racial discrimination in the U.S. housing and mortgage lending markets: a quantitative review of trends, 1976-2016”, *Race and Social Problems*, 12, 2020, 13-28; P.A. RIACH en J. RICH, “Field experiments of discrimination in the market place”, *The Economic Journal*, 112, 2002, 480-518; J. RICH, “What do field experiments of discrimination in markets tell us? A meta-analysis of studies conducted since 2000”, *IZA Discussion Paper No. 8584*, Bonn: The Institute for the Study of Labor, 2014; E. ZSCHIRNT en D. RUEDIN, “Ethnic discrimination in hiring decisions: a meta-analysis of correspondence tests 1990-2015”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 42, 2016, 1115-1134.

³ Op de arbeidsmarkt, o.a.: S. BAERT, B. COCKX, N. GHEYLE en C. VANDAMME, “Is there less discrimination in occupations where recruitment is difficult?”, *Industrial & Labor Relations Review*, 68, 2015, 467-500; S. BAERT en E. OMEY, “Hiring discrimination against pro-union applicants: the role of union density and firm size”, *Economist*, 163, 2015, 263-280; B. CAPÉAU, L. EEMAN, S. GROENEZ en M. LAMBERTS, *Wie heeft voorrang: jonge Turken of prille grijsaards? Een experimenteel onderzoek naar discriminatie op basis van persoonkenmerken bij de eerste selectie van sollicitanten – technisch verslag*, Leuven, HIVA, 2012. Op de woningmarkt, o.a.: K. HEYLEN en K. VAN DEN BROECK, “Discrimination and selection in the Belgian private rental market”, *Housing Studies*, 31, 2016, 223-236; K. VAN DER BRACHT, A. COENEN en B. VAN DE PUTTE, “The not-in-my-property syndrome: the occurrence of ethnic discrimination in the rental housing market in Belgium”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41, 2015, 158-175; P.P. VERHAEGHE en D. DE CONINCK, “Rental discrimination, perceived threat and public attitudes toward immigration and refugees”, *Ethnic and Racial Studies*, 2021 (accepted for publication).

⁴ P.P. VERHAEGHE en K. VAN DER BRACHT, “Praktijktesten: van onderzoeksmethode naar beleidsinstrument tegen discriminatie?”, *Sociologos*, 38, 2017, 182-200.

⁵ K. VAN DER BRACHT, P.P. VERHAEGHE en B. VAN DE PUTTE, *Gelijke toegang tot huisvesting voor elke Gentenaar: Onderzoeksrapport*, Gent, Vakgroep Sociologie, Universiteit Gent, 2015.

eens geëvolueerd van een politiek-ideologisch symbool naar een teken van goed bestuur.⁶ In dit hoofdstuk maken we een analyse van de toepassing van de testen als beleidsinstrument tussen 2015 en 2021 door de verschillende overheden in België. We gaan hierbij na met welke finaliteit ze worden ingezet: academisch, sensibiliserend en/of in een gerechtelijke context. Vervolgens maken we een tussentijdse balans op, waarbij we dieper ingaan op de knelpunten en de verdere toepassingsmogelijkheden in de toekomst. Om het maatschappelijke en academische debat over discriminatie helder te voeren, staan we echter eerst stil bij de methodologie van praktijktesten en *mystery shopping*.

II. VERSCHILLENDE TYPES VAN DISCRIMINATIETESTEN

A. PRAKTIJKTESTEN

Praktijktesten zijn een experimentele veldmethode, waarbij men in de praktijk nagaat in welke mate twee of meerdere quasi-identieke kandidaten ongelijk worden behandeld.⁷ Beide kandidaten solliciteren bijvoorbeeld voor een vacature of reageren op een huuradvertentie. De kandidaten verschillen niet van elkaar op zoveel mogelijk relevante kenmerken met uitzondering van het te testen kenmerk dat aanleiding zou kunnen geven tot discriminatie (bv. herkomst, leeftijd, handicap of seksuele geaardheid). Nadien gaat men na of een van de kandidaten nadeliger werd behandeld in vergelijking met de andere door een werkgever, vastgoedmakelaar of private verhuurder. De assumptie hierbij is dat een eventuele ongelijke behandeling tussen beide kandidaten te wijten is aan de discriminatiegrond. Cruciaal is dan ook dat de kandidaten zo gelijkaardig mogelijk zijn en enkel verschillen op vlak van een specifiek beschermd kenmerk, zodat het onderscheid enkel en alleen op een causale manier kan worden toegeschreven aan discriminatie op basis van deze specifieke discriminatiegrond. Praktijktesten zijn de enige methode die rechtstreeks discriminerend gedrag kunnen meten in de praktijk. Ze worden daarom in de wetenschappelijke wereld als de ‘gouden standaard’ beschouwd om discriminatie vast te leggen.⁸

⁶ P.P. VERHAEGHE, “Discrimination tests: A potential stepping stone for human rights?” in I. Adam, T. Adefioye, S. D’Agostino et al. (eds.), *Migration, Equality and Racism. 44 opinions*, Brussel, ASP Academic and Scientific Publishers, 2021, 224-227.

⁷ M. BERTRAND en S. MULLAINATHAN, “Are Emily and Greg more employable than Lakisha and Jamal? A field experiment on labor market discrimination”, *American Economic Review*, 94, 2004, 991-1013; M. FIX en M.A. TURNER, *Report Card on Discrimination in America: the Role of Testing*, Washington, DC, Urban Institute Press, 1998; S. MICHAEL GADDIS, “An introduction to audit studies in the social sciences” in S. MICHAEL GADDIS (ed.), *Audit studies: behind the scenes with theory, method, and nuance*, Cham, Springer, 2018, 3-44; P.A. RIACH en J. RICH, *op. cit.*; P.P. VERHAEGHE en K. VAN DER BRACHT, *op. cit.*

⁸ A. HEATH en V. DI STASIO, “Racial discrimination in Britain, 1969-2017: a meta-analysis of field experiments on racial discrimination in the British labour market”, *The British Journal of*

De methode van praktijktesten kan nog verder worden opgesplitst tussen correspondentietesten en situatietesten.⁹ Bij correspondentietesten is er geen persoonlijk contact tussen de tester en de geteste organisatie of persoon, terwijl dat wel het geval is bij situatietesten. Het persoonlijk contact kan zowel telefonisch als *face-to-face* gebeuren. Bij correspondentietesten op de arbeidsmarkt zal men bijvoorbeeld enkel een CV en motivatiebrief opsturen naar een werkgever, terwijl men bij situatietesten ook op sollicitatiegesprek zal gaan. Bij correspondentietesten op de woningmarkt zal men via een bericht op een immosite contact opnemen met een verhuurder, terwijl men bij situatietesten zal telefoneren naar de verhuurder.

B. MYSTERY SHOPPING

Mystery shopping stamt uit de commerciële wereld: een bedrijf of organisatie test zijn eigen processen of laat die testen uitvoeren door een extern, gespecialiseerd onderzoeksbureau.¹⁰ Doorgaans worden met *mystery shopping* commerciële processen getest, zoals bijvoorbeeld de klantvriendelijkheid van medewerkers of de kwaliteitsvereisten van productieprocessen. De methode van *mystery shopping* kan echter ook worden gebruikt om discriminatie te meten. *Mystery shopping* is in dat geval een onderzoeksmethode waarbij men aan een dienstverlenende organisatie een discriminerende vraag stelt. Men speelt bijvoorbeeld een verhuurder en vraagt aan een makelaar om de woning niet aan een persoon van vreemde origine te verhuren of men doet zich voor als een bedrijf en vraagt aan een uitzendbureau om geen jonge vrouwen of ouderen te selecteren. Dit zijn tweemaal discriminerende vragen waardoor men discriminatie door belangrijke tussenpersonen kan onderzoeken. Strikt gezien meet *mystery shopping* de bereidheid tot discriminatie en niet het daadwerkelijk discriminerende gedrag. De geteste organisatie kan bijvoorbeeld wel zeggen dat ze gaat discrimineren om een bepaalde klant binnen te halen, maar het nadien toch niet doen. Dit is natuurlijk weinig waarschijnlijk, omdat de organisatie de klant dan zou verliezen. Niettemin is het onderscheid tussen de bereidheid en het daadwerkelijke gedrag juridisch wel belangrijk.

Ook bij *mystery shopping* kan men een onderscheid maken op basis van het criterium van persoonlijk contact. *Mystery shopping* met persoonlijk contact krijgt de termen '*mystery visits*' of '*mystery calls*', deze zonder persoonlijk contact worden '*mystery mails*' genoemd. Toegepast op de woningmarkt zal een eigenaar bij *mystery visits* bij een makelaar persoonlijk op kantoor langsgaan om de verhuring te bespreken en te vragen om zijn woning niet aan vreemdelingen te ver-

Sociology, 70, 2019, 1774-1798.

⁹ P.P. VERHAEGHE, *Liever Sandra dan Samira? Over praktijktesten, mystery shopping en discriminatie*, Berchem, Uitgeverij EPO, 2017; P.P. VERHAEGHE en K. VAN DER BRACHT, *op. cit.*

¹⁰ P.P. VERHAEGHE, *Liever Sandra dan Samira?*, *op. cit.*; P.P. VERHAEGHE en K. VAN DER BRACHT, *op. cit.*

huren. Bij *mystery calls* zal hij hetzelfde doen, maar dan telefonisch. Bij *mystery mails* wordt alles schriftelijk per mail besproken.

C. TYPOLOGIE VAN DISCRIMINATIE-TESTEN

De onderstaande typologie van discriminatietesten is gebaseerd op het onderzoeksartikel van VERHAEGHE en VAN DER BRACHT uit 2017.¹¹ Een eerste belangrijk onderscheid in onze typologie van discriminatietesten is deze tussen praktijktesten en *mystery shopping*. Dit onderscheid kan in feite teruggebracht worden tot twee criteria: (1) wordt er al dan niet een discriminerende vraag gesteld en (2) is er al dan niet een test- én controleprofiel? Bij *mystery shopping* wordt een discriminerende vraag gesteld en is er geen controleprofiel. Bij praktijktesten wordt geen discriminerende vraag gesteld, maar is er wel een controleprofiel. Het derde criterium is of er al dan niet persoonlijk contact is tussen de tester en de geteste organisaties. Bij zowel *mystery shopping* als praktijktesten kan er wel (telefonisch of in levende lijve) of geen (per brief of via e-mail) persoonlijk contact zijn. Deze drie verschilpunten resulteren in een typologie van discriminatietesten, gevisualiseerd in figuur 1.

Figuur 1. Typologie van discriminatietesten

		Discriminerende vraag?	
		JA	NEE
Persoonlijk contact?	JA	Mystery calls & visits	Situatietesten
	NEE	Mystery mails	Correspondentietesten
		NEE	JA
		Test- en controleprofiel?	

Bron: Verhaeghe & Van der Bracht (2017), p. 193.

- Wordt er al dan niet een discriminerende vraag gesteld?

Het criterium of er al dan niet een discriminerende vraag wordt gesteld is belangrijk omdat men niet aan alle organisaties een discriminerende vraag kan stellen. Daarom is *mystery shopping* maar beperkt toepasbaar. Men kan enkel *mystery shoppen* bij dienstverlenende bedrijven waar men een potentiële klant kan spelen, zoals

¹¹ P.P. Verhaeghe, K. Van der Bracht, *op. cit.*

uitzendkantoren, vastgoedmakelaars, dienstenchequebedrijven of taxibedrijven. Bij bedrijven die hun eigen rekrutering organiseren of bij particuliere verhuurders is het onmogelijk om te vragen of men wil discrimineren. Een belangrijk voordeel van praktijktesten is daarom dat ze breder toepasbaar zijn: in zowat alle sectoren kan je wel op een of andere manier twee of meerdere kandidaturen uitsturen.

– Is er een test- en controlepersoon?

Bij praktijktesten worden de reacties op de test- en controlepersoon met elkaar vergeleken, terwijl er bij *mystery shopping* enkel een testpersoon is die de discriminerende vraag stelt. *Mystery shopping* is efficiënter om (de bereidheid tot) discriminatie aan te tonen dan praktijktesten. Bij praktijktesten is er immers steeds een zekere mate van toeval mogelijk.¹² Hierdoor is het mogelijk dat een testpersoon (bv. van Turkse origine) niet wordt uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek of om een huurwoning te bezichtigen en de controlepersoon (bv. van Belgische origine) wel, zonder dat er sprake is van discriminatie. Wanneer een werkgever bijvoorbeeld te veel goede kandidaten heeft voor een bepaalde vacature, kan hij beslissen om enkel de eerste tien uit te nodigen. Wanneer de Belgische controlepersoon zich op basis van toeval onder de tien kandidaten bevindt en de Turkse testpersoon niet, dan zou men ten onrechte kunnen stellen dat er gediscrimineerd werd. Het omgekeerde is uiteraard ook steeds mogelijk: dat de Turkse testpersoon uitgenodigd wordt en de Belgische controlepersoon niet. Om het element van toeval zoveel mogelijk uit te schakelen, maken onderzoekers daarom gebruik van meerdere praktijktesten. Op die manier kan men willekeurige ongelijke behandeling onderscheiden van een systematisch patroon van discriminatie. Bij *mystery shopping* daarentegen gaat deze redenering van een 'toevallige' ongelijke behandeling niet op. Wanneer een bedrijf bijvoorbeeld ingaat op een discriminerende vraag, is deze enkele vaststelling al voldoende om de bereidheid tot discriminatie aan te tonen. Een dienstenchequebedrijf kan immers niet 'toevallige selectie' of 'willekeurige ongelijke behandeling' als argumenten aanhalen, wanneer het ingaat op de vraag om enkel vrouwen van Belgische origine als poetshulp te sturen.

– Is er persoonlijk contact of niet?

Bij zowel *mystery shopping* als praktijktesten maakten we het onderscheid tussen met of zonder persoonlijk contact. Dit is een methodologisch belangrijk onderscheid, omdat direct persoonlijk contact twee nadelen heeft. Ten eerste heeft men bij persoonlijk contact minder controle over de omstandigheden van het experiment en

¹² J. HECKMAN en P. SIEGELMAN, "The Urban Institute audit studies: Their methods and findings" in M. FIX en R.J. STRUYK (eds.), *Clear and Convincing Evidence: Measurement of Discrimination in America*, Washington, DC, Urban Institute Press, 1993, 187-258; S. ROSS en M. TURNER, "Housing discrimination in metropolitan America: explaining changes between 1989 and 2000", *Social Problems*, 52, 2005, 152-180.

over de verschillen tussen personen.¹³ Iemand die *mystery shopping* uitvoert met persoonlijk contact zou bijvoorbeeld heel hard kunnen aandringen in zijn vraag om te discrimineren. Hierdoor zouden bij een onderzoek hogere cijfers van discriminatie kunnen worden gevonden dan bij een onderzoek waar je minder aandringt. Wanneer het gaat om controles door de overheid zou de invloed van de controleur op het vaststellen van de overtreding dan ook groot zijn. Ook bij situatietesten zou dit problemen kunnen geven. Stel dat we twee kandidaten uitsturen voor een sollicitatie. Indien een van de twee personen minder vriendelijk, beleefd of verzorgd overkomt dan de andere, dan zou dit gevolgen kunnen hebben voor de vastgestelde discriminatie. Zelfs wanneer je de testpersonen goed opleidt, dan zijn er toch nog altijd subtiele verschillen tussen twee personen mogelijk (bv. op het vlak van non-verbale communicatie).

Ten tweede is het testen aan de hand van persoonlijk contact zeer tijdsintensief, zowel voor de onderzoekers als voor de verhuurders, uitzendconsulenten of werkgevers. Een persoonlijk gesprek dat wordt ingepland met een fictieve verhuurder voor het stellen van een discriminerende vraag zorgt ervoor dat vastgoedmakelaars relatief veel tijd verliezen aan fictieve klanten. Het probleem is nog groter bij praktijktesten. Elke werkgever krijgt dan immers twee fictieve sollicitanten over de vloer voor een tijdrovend sollicitatiegesprek of vergelijkend examen. Zeker wanneer deze praktijktesten een aantal keer herhaald worden zorgt dit voor een stijgende overlast. Bovendien moet de onderzoeker of overheid dan veel tijd steken in het opleiden en ‘vergelijkbaar’ maken van paren fictieve kandidaten, per herhaling van de praktijktest. Je moet bijgevolg steeds afwegen of de overlast voor de onderzochte personen of instanties niet te groot wordt.

Correspondentietesten of *mystery mails* hebben deze nadelen niet. Doordat het contact volledig schriftelijk gebeurt, is het verloop van het experiment meer gestandaardiseerd. Zo is het vrijwel onmogelijk om extra aan te dringen op discriminatie in het geval van *mystery mailing*. Ook een ongelijke behandeling bij correspondentietesten kan niet te wijten zijn aan subtiele verschillen tussen de twee fictieve kandidaten, aangezien het om een eenvoudige brief of e-mail gaat. Bovendien is schriftelijk contact ook veel minder tijdsintensief dan persoonlijk contact. Dit is positief voor zowel diegene die de testen uitvoert als de persoon of instantie die wordt getest. De overlast wordt op dat moment immers beperkt tot het beantwoorden van een e-mail in plaats van het inplannen van een persoonlijk gesprek.

Toch zijn er ook aan correspondentietesten en *mystery mails* nadelen verbonden. Aan de hand van correspondentietesten kan men enkel nagaan of discriminatie voorkomt in de eerste fase van het verhuur- of sollicitatieproces. Men onderzoekt enkel of een kandidaat al dan niet wordt uitgenodigd om een woning te bezichtigen of op een sollicitatiegesprek te komen. In de latere fases, zoals een huisbezoek voor een verhuur of een sollicitatie voor een job, is persoonlijk contact onvermijdelijk.

¹³ J. HECKMAN, “Detecting discrimination”, *Journal of Economic Perspectives*, 12, 1998, 101-116; J. HECKMAN en P. SIEGELMAN, *op. cit.*

Omwille van bovenstaande voor- en nadelen wordt in de academische en beleidswereld steeds meer gekozen voor de correspondentietesten als schriftelijke variant van praktijktesten.¹⁴ Aanvullend wordt er ook geëxperimenteerd met *mystery calls*. Situatietesten, *mystery visits* en *mystery mails* worden steeds minder of zelfs niet gebruikt.

III. VERSCHILLENDE FUNCTIES VAN DISCRIMINATIE-TESTEN

Praktijktesten en *mystery shopping* kunnen zowel academisch, sensibiliserend als gerechtelijk worden ingezet. Methodologisch zijn er weinig verschillen, maar de finaliteit is fundamenteel anders.

Bij **academische praktijktesten en *mystery shopping*** is het doel om inzicht te krijgen in het niveau en de patronen van discriminatie op de woning- of arbeidsmarkt. Op basis van welke discriminatiegronden wordt er al dan niet gediscrimineerd? Wat is het verschil tussen particuliere verhuurders en vastgoedmakelaars? In welke economische sectoren wordt er meer of minder gediscrimineerd? Doen de grote werkgevers het beter dan de kleinere, of net omgekeerd? Kenmerkend voor academische testen is dat er enkel conclusies worden getrokken op het geaggregeerde niveau van een sector of groep en dat men niet nagaat welke individuele makelaar, verhuurder of werkgever discrimineert. Men krijgt enkel een algemeen beeld van hoe vaak en op welke manier er wordt gediscrimineerd op basis van welke discriminatiegronden.

Academische praktijktesten en *mystery shopping* sluiten het best aan bij het beleidsdoel om discriminatie te monitoren. Beleidsmakers starten vaak met academische testen in een nulmeting om zo het probleem in kaart te brengen. Vervolgens kunnen ze op basis van deze probleemschets een beleid uitstippelen. Nadien kunnen ze in een vervolgmeting met opnieuw academische testen nagaan hoe effectief hun beleidsmaatregelen zijn geweest door de geaggregeerde resultaten van de opvolgmeting te vergelijken met deze van de nulmeting.

Bij **sensibiliserende praktijktesten en *mystery shopping*** is de finaliteit niet om enkel discriminatie te meten, maar ook om discriminatie tegen te gaan zonder evenwel te sanctioneren. Dat kan door bijvoorbeeld met werkgevers, verhuurders of makelaars in gesprek te gaan over hun individuele testresultaten met het oog op bewustmaking. Belangrijk hierbij is dat de terugkoppeling op individueel en niet op geaggregeerd niveau gebeurt.¹⁵ Een andere mogelijkheid is om de praktijktesten aan te kondigen en ze nadien uit te voeren. Onderzoek op de Gentse

¹⁴ S. Michael Gaddis, *op. cit.*

¹⁵ De praktijk waarbij de geaggregeerde testresultaten worden besproken met de sector als collectief is immers een twijfelgeval. Men zou dit ook als sensibiliserende testen kunnen beschou-

woningmarkt toonde reeds aan dat deze maatregel discriminatie door makelaars significant doet dalen op lange termijn.¹⁶ Vastgoedmakelaars gaan immers minder discrimineren wanneer ze weten dat ze worden gecontroleerd.

Bij **gerechtelijke praktijktesten of *mystery shopping*** is de finaliteit om indien nodig een gerechtelijke procedure op te starten tegen een specifieke werkgever, makelaar of verhuurder met het oog op handhaving. Dit kan zowel een burgerrechtelijke, strafrechtelijke als tuchtrechtelijke procedure zijn. Bij dit type van testen wil men niet weten hoe vaak en op welke manier er wordt gediscrimineerd op de woning- of arbeidsmarkt op geaggregeerd niveau, maar wel welke specifieke verhuurders, makelaars en werknemers discrimineren en welke niet. Gerechtelijke testen worden dus per definitie op individueel en niet op geaggregeerd niveau uitgevoerd. Eenmaal men door middel van gerechtelijke praktijktests weet welke specifieke makelaars, verhuurders of werkgevers discrimineren, kan men ook een gerechtelijke procedure tegen hen opstarten (bv. door klacht in te dienen bij Unia, het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars of de politie).¹⁷

IV. BELEIDSTOEPASSINGEN VAN DE DISCRIMINATIETESTEN

In Europa en de Verenigde Staten bestaan er twee aparte tradities met betrekking tot het gebruik van praktijktesten en *mystery shopping*.¹⁸ Praktijktesten gebeuren in Europa voor voornamelijk academische doeleinden: het meten en analyseren van discriminatie. Meer recent worden praktijktesten en *mystery shopping* in Europa ook gebruikt voor sensibiliserende en gerechtelijke doeleinden.¹⁹ In de Verenigde Staten daarentegen worden praktijktesten reeds sinds lang uitgevoerd voor zowel onderzoeks- als gerechtelijke doeleinden. Al in de jaren tachtig stuurden Amerikaanse woningagentschappen bijvoorbeeld een witte kandidaat-huurder naar een woning na een concrete klacht over discriminatie door een zwarte kandidaat-huurder.²⁰ Een

wen. In dit hoofdstuk doen we dit echter niet omdat de lijn dan zeer dun wordt met academische testen waarover in de pers en naar de sector wordt gecommuniceerd.

¹⁶ P.P. VERHAEGHE en A. GHEKIERE, *Is de etnische discriminatie op de Gentse woningmarkt structureel gedaald?*, Brussel, Vakgroep Sociologie, Vrije Universiteit Brussel, 2020.

¹⁷ Voor een bespreking van het vermogen van praktijktesten of *mystery shopping* om discriminatie in gerechtelijke procedures aan te tonen, zie de bijdrage van Jean-François Neven, Julie RINGELHEIM en Véronique VAN DER PLANCKE in dit verzamelwerk.

¹⁸ E. ZSCHIRNT, "Measuring hiring discrimination – A history of field experiments in discrimination research, *NCCR Working paper* 7, 2016.

¹⁹ I. RORIVE, *Proving Discrimination Cases: the Role of Situation Testing*, Brussels, Migration Policy Group & Centre For Equal Rights, 2009.

²⁰ J. YINGER, "Testing for discrimination in housing and related markets" in M. Fix en M. AUSTIN TURNER (eds.), *A national report card on discrimination in America: the role of testing*, Washington D.C., The Urban Institute, 1998.

speciale rol is hierbij weggelegd voor het door de overheid gesubsidieerde onderzoeksinstituut 'Urban Institute' dat lokale woningagentschappen ondersteunt in hun gerechtelijke praktijktesten en daarnaast tienjaarlijks het voorkomen van discriminatie op de woningmarkt monitort door middel van academische praktijktesten.

België past naadloos bij de Europese traditie waarbij voornamelijk academische testen worden uitgevoerd, met recent ook steeds meer sensibiliserende en gerechtelijke testen. In deze sectie geven we een beknopt overzicht van alle praktijktesten en *mystery shopping* die werden of worden uitgevoerd in opdracht van de overheid tussen 2015 en 2021. Om in het overzicht te worden opgenomen hanteren we drie criteria. Ten eerste moeten de testen worden uitgevoerd op initiatief van de overheid in het kader van een beleid tegen discriminatie. Dat kan zowel de lokale of regionale als de Belgische overheid zijn. Dit impliceert dat alle testen die op initiatief van academici of middenveldorganisaties worden uitgevoerd, hier niet worden besproken. Ten tweede bespreken we enkel de praktijktesten of *mystery shopping* sinds 2015. Dat is het jaar waarin Stad Gent startte met haar antidiscriminatiebeleid aan de hand van academische, sensibiliserende en gerechtelijke testen op de huurwoningmarkt. Op deze 'Gentse aanpak' kwam aanvankelijk veel kritiek, maar wordt ondertussen door steeds meer andere overheden in België in meer of mindere mate gevolgd. Gent kan om die reden als een soort katalysator worden beschouwd in het gebruik van praktijktesten als beleidsinstrument. Het derde criterium is dat de testen openbaar moeten zijn gemaakt aan de hand van een onderzoeksrapport, een gemeenteraadsverslag, wetgeving, een overheidsbestek of een andere geschreven neerslag. We rekenen hierbij alle reeds uitgevoerde testen, maar ook alle aangekondigde testen of testen in uitvoering, tot zover de aangekondigde testen reeds voldoende geconcretiseerd zijn (bv. in de vorm van een overheidsbestek, persconferentie of wettekst).

Doordat steeds meer overheden in België discriminatietesten willen uitvoeren, is onderstaand overzicht sowieso slechts een tussentijdse stand van zaken. Toch geeft dit reeds een goed beeld weer van de geografische spreiding, het overheidsniveau, de discriminatiegronden en de finaliteit van de praktijktesten en *mystery shopping*.

A. BELEIDSTOEPASSINGEN OP DE HUURWONINGMARKT

Tabel 1 biedt een overzicht vanaf 2015 van beleidstoepassingen van praktijktesten en *mystery shopping* tegen discriminatie op de huurwoningmarkt. We gaan eerst uitgebreid in op de zogenaamde 'Gentse aanpak' tegen discriminatie. Vervolgens bespreken we korter de beleidstoepassingen door andere Belgische steden. Ten slotte analyseren we ook het gebruik van discriminatie door de Vlaamse overheid en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.