



La lutte contre la discrimination (raciale) dans les relations de travail

**À l'aune du cas de la Belgique et d'autres
expériences nationales**

Julie Frei

Line Voélin

Pascal Mahon

Denise Efionayi-Mäder

Berne, 30 novembre 2022

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Center of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Telefon +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

AUTEUR·E·S

Julie Frei

Ma. iur., collaboratrice scientifique, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH),
Domaine thématique Migration.

Line Voélin

MA ScS, collaboratrice scientifique, Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population
(SFM), Université de Neuchâtel, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH),
Domaine thématique Migration.

Pascal Mahon

Prof. Dr. iur., professeur émérite de droit constitutionnel suisse et comparé, Faculté de droit de
l'Université de Neuchâtel ; membre du Directoire et coresponsable du Domaine thématique Migra-
tion, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH).

Denise Efionayi-Mäder

Dipl. soc, MPA, Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM), Université de
Neuchâtel, membre du Directoire et coresponsable du Domaine thématique Migration, Centre
suisse de compétence pour les droits humains (CSDH).

Proposition de citation : CENTRE SUISSE DE COMPETENCE POUR LES DROITS HUMAINS
(CSDH), La lutte contre la discrimination (raciale) dans les relations de travail – À l'aune du cas de
la Belgique et d'autres expériences nationales, par Frei Julie/ Voélin Line/ Mahon Pascal/ Efionayi-
Mäder Denise, Berne 2022.



Gesamte Studie



Ausschnitte

TABLE DES MATIÈRES

I.	Introduction : objet, buts et méthodologie de l'étude.....	3
1.	Objet de l'étude et démarche	3
2.	Méthodes et plan de l'étude	5
II.	La stratégie et le cadre législatifs de lutte contre la discrimination (raciale)	7
1.	Le dispositif législatif de la Belgique.....	7
1.1.	Remarques liminaires : le cadre « législatif » de l'Union européenne.....	7
1.2.	Le cadre général du dispositif législatif belge en matière de lutte contre la discrimination	8
1.2.1.	La question de la répartition des compétences de légiférer	8
1.2.2.	La transposition des directives européennes au travers des lois fédérales	9
1.3.	La stratégie législative en matière de lutte contre les discriminations.....	10
2.	Bref rappel de la situation en Suisse.....	12
3.	Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes.....	14
3.1.	La stratégie législative.....	14
3.2.	La question de la rédaction de la loi.....	15
III.	Le contenu matériel de la législation anti-racisme	16
1.	La loi belge tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (loi « anti-racisme »)	16
1.1.	L'origine, la nature et l'objet de la loi « anti-racisme ».....	16
1.2.	Le champ d'application de la loi « anti-racisme ».....	17
1.3.	L'interdiction de discriminer, les diverses formes de discrimination et les motifs justificatifs	18
1.3.1.	Les définitions des diverses formes de discrimination	18
1.3.2.	Les motifs justificatifs ou les justifications objectives et les mesures d'action positive.....	21
1.4.	Les mécanismes de protection et les mesures concrètes destinées à améliorer la lutte contre les discriminations.....	22
1.4.1.	La diversité des mesures concrètes prévues par la loi.....	22
1.4.2.	Les « dispositifs de protection »	22
A.	Nullité de toutes dispositions contraires à la législation « anti-racisme »	23
B.	Actions en constatation, cessation et indemnisation.....	23
C.	Aménagement de la charge de la preuve.....	23
D.	Représentation en justice.....	24
E.	Interdiction des représailles.....	24
1.4.3.	Les sanctions pénales.....	25
2.	Bref rappel de la situation en Suisse.....	25
3.	Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes.....	27
3.1.	A propos des définitions et de la notion de « harcèlement discriminatoire ».....	27
3.2.	A propos des « dispositifs de protection », spécialement de l'aménagement de la charge de la preuve	28
3.3.	A propos des sanctions	29
IV.	Le volet institutionnel et la dimension pédagogique de la législation anti-racisme	30
1.	Le volet institutionnel de la loi « anti-racisme ».....	30
1.1.	Les diverses mesures d'ordre institutionnel prévues par la loi « anti-racisme ».....	30
1.2.	L'auditorat du travail	30
1.3.	L'inspection du travail.....	31
1.4.	L'Organisme de promotion de l'égalité, UNIA	32

2.	Bref rappel de la situation en Suisse	33
3.	Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes	34
3.1.	A propos du volet institutionnel en général et des contrôles administratifs	34
3.2.	A propos de l'organisme de lutte contre les discriminations.....	34
3.3.	La formation des juges et les autres aspects pédagogiques de la mise en oeuvre de la législation....	36
V.	Synthèse	37

LISTE DES ABRÉVIATIONS

art.	article(s)
C.A.	Cour d'Arbitrage de Belgique (jusqu'au 7 mai 2007 ; actuellement : Cour constitutionnelle de Belgique, cf. C.C.)
C.C.	Cour constitutionnelle de Belgique (depuis le 8 mai 2007 ; anciennement : Cour d'Arbitrage de Belgique, cf. C.A.)
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme), du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
ch.	chiffre(s)
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme (France)
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
CRISP	Centre de recherche et d'information socio-politiques
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains (Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, SKMR)
Doc.	Documents (du Parlement de telle Communauté ou de telle Région)
Doc. parl.	Documents parlementaires
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (Conseil de l'Europe)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
ENAR	Réseau européen contre le racisme (European Network Against Racism)
HALDE	Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (France)
INDH	Institution (ou Institut) national des droits humains
JDJ	Journal du Droit des Jeunes, La revue juridique de l'action sociale et éducative, Liège
JORF	Journal officiel « Lois et Décrets » de la République française
LEg	Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité), du 24 mars 1995 (RS 151.1)
LHand	Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés), du 13 décembre 2002 (RS 151.20)
M.B. (ou MB)	Moniteur belge (Recueil officiel fédéral des textes légaux)
N	numéro(s) marginal (marginaux)

no ou n°	numéro(s)
not.	notamment
p.	page
par.	paragraphe(s)
pp.	pages
RS	Recueil systématique de la législation fédérale (suisse)
SKMR	Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (Centre suisse de compétence pour les droits humains, CSDH)
UE	Union européenne
UNIA	Organisme public belge indépendant de promotion de l'égalité des chances et de lutte contre les discriminations (anciennement : Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme)

RESUMÉ

Le cadre légal suisse tendant à lutter contre les discriminations raciales est sous-doté. En effet, bien que la Suisse ait ratifié la Convention internationale contre toutes les formes de discrimination raciales (CERD) et consacré le principe de non-discrimination dans sa Constitution, à l'article 8 al. 2, elle ne dispose que de très peu de dispositions spécifiques. L'article 261bis du Code pénal est d'ailleurs souvent perçu comme l'unique instrument de lutte contre le racisme. Cette disposition est cependant peu à même de protéger contre de nombreuses formes de discriminations, notamment indirectes et systémiques. L'ordre juridique suisse est donc, en raison du faible nombre d'outils mis à disposition des victimes et des praticien·ne·s, peu efficace dans la lutte contre les discriminations raciales. La présente étude tend à proposer des améliorations du dispositif législatif suisse. Pour ce faire, elle se penche sur le cadre législatif belge et analyse les pratiques positives sur lesquelles une amélioration pourrait prendre exemple. Ces propositions d'amélioration sont soutenues par des avis d'expertes européennes recueillis dans le cadre d'entretiens individuels.

L'étude se penche en premier lieu sur la stratégie et le cadre législatifs de la lutte contre la discrimination. A cet égard se pose la question du choix d'une loi générale, rassemblant dans un texte unique toutes les dispositions de lutte contre les discriminations, de toutes sortes, ou de plusieurs lois spéciales, propres aux diverses formes et motifs de discrimination, voire aux différents domaines d'application potentiels (travail, logement, etc.). Les avis des expertes diffèrent à cet égard mais toutes soulignent la nécessité de définitions claires et univoques pour éviter des différences d'interprétation.

Quant au contenu matériel de la législation, celle-ci se caractérise tout d'abord par un champ d'application large, comportant plusieurs volets, soit pénal, civil et administratif. La loi « anti-racisme » belge sanctionne ainsi plusieurs formes de discriminations, soit les discriminations directes et indirectes, le harcèlement et l'injonction de discriminer. D'autres formes de discriminations sont également considérées comme interdites par la doctrine et la jurisprudence, telles que la discrimination par association, la discrimination par supposition et les discriminations multiples. Les expertes françaises mentionnent également la protection contre le harcèlement discriminatoire, prévue par la législation française. Ce mécanisme est particulièrement intéressant, puisqu'un seul agissement suffit pour le qualifier, contrairement à la perception qu'a le droit suisse du travail pour le harcèlement psychologique, qui suppose une pluralité de comportements répréhensibles et ce sur une certaine durée. La loi belge prévoit en outre de nombreuses actions judiciaires pour lutter contre ces différentes formes de discrimination, soit les actions en constatation, en cessation, et en indemnisation.

Les aspects procéduraux sont également d'une grande importance. Pour être efficace, la législation doit prévoir des mécanismes permettant aux victimes d'avoir accès à la justice. A cet égard est prévu notamment dans le dispositif belge un allègement du fardeau de la preuve. Les victimes de discriminations doivent, selon cette pratique, prouver qu'il existe un soupçon de discrimination. La défendresse doit ensuite amener la preuve qu'elle n'a pas discriminé.

L'étude aborde enfin les volets institutionnel et pédagogique de la législation. Les expertes soulignent le rôle décisif des organismes de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations, ou *Equality Bodies*. Ces organismes peuvent agir en justice en soutien des victimes, permettant ainsi de compenser partiellement les rapports de pouvoir qui, notamment dans les relations de travail, sont le plus souvent défavorables aux victimes. Ces organismes peuvent par ailleurs avoir

des compétences d'enquête et de recommandation, jouant dès lors un rôle crucial en termes de prévention.

La lutte contre la discrimination (raciale) dans les relations de travail

À l'aune du cas de la Belgique et d'autres expériences nationales

I. INTRODUCTION : OBJET, BUTS ET MÉTHODOLOGIE DE L'ÉTUDE

1. Objet de l'étude et démarche

L'exercice d'une activité professionnelle est centrale dans la vie d'une large part de la population et influence grandement la situation socio-économique des individus. En Suisse comme à l'étranger, les preuves de l'existence de discriminations dans le monde du travail sont nombreuses et bien établies, notamment en matière de genre et de sexe, mais de plus en plus aussi en ce qui concerne l'origine en fonction de l'appartenance ethnique, nationale, religieuse, etc.¹, Une prévention et une lutte efficaces contre ces discriminations sont indispensables dans un pays aussi fortement marqué par la diversité de sa population et une mobilité internationale parmi les plus importantes au monde. Face à ces enjeux, le cadre légal est un garant important pour assurer le bon fonctionnement de la société en termes de cohésion et d'efficacité économique. Dans ce contexte, la présente étude a pour but de jeter un regard critique sur le dispositif légal et politique destiné à assurer l'égalité en Suisse : elle s'intéresse principalement à l'origine ethnique, nationale ou religieuse, tout en inscrivant la démarche dans le cadre d'une politique inclusive dans un sens plus large (genre, handicap, âge, etc.). Une telle démarche s'impose d'autant plus que l'intersectionnalité entre les différents motifs de discrimination – genre, classe, origine, etc. – ne peut plus être ignorée².

Différents rapports internationaux ainsi que des études juridiques (comparatives) portent un regard critique sur la législation suisse en matière de discriminations raciales, dans le domaine de l'emploi et du travail en particulier – ou plus largement – et concluent qu'elle ne correspond pas aux exigences internationales³. En effet, le droit suisse ne comprend pas d'interdiction des discriminations fondées sur la « race », l'origine ou la situation sociale dans les relations privées de travail. Il existe bien une disposition constitutionnelle (l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale) interdisant les discriminations fondées notamment sur la « race » et l'origine, mais qui s'avère difficilement applicable dans la pratique, dans la mesure où elle n'a, selon la conception généralement admise, pas d'« effet horizontal », c'est-à-dire pas d'effet direct dans les relations entre sujets de droit privé⁴. L'article 328 du Code des obligations, qui concrétise cette disposition constitutionnelle dans le droit

¹ Voir par exemple, pour la France, BRINBAUM (2022), pp. 251-253.

² Voir par exemple ATREY (2019) ; cf. aussi, sur la « discrimination intersectionnelle », ou multiple, conçue comme « une discrimination fondée sur une combinaison indissociable de motifs protégés, plutôt que sur un des motifs pris séparément », cf. COMMISSION EUROPÉENNE (2021), pp. 5-6 ; cf. aussi LÉNEL et MERCAT-BRUNS (2022), pp. 209 ss, ainsi que, notamment sur les origines de l'approche intersectionnelle, BILGE et ROY (2010), pp. 51 ss, spéc. 55-57 (avec une analyse des jurisprudences québécoise et canadienne, pp. 61 ss).

³ Voir notamment le 6^{ème} Rapport sur la Suisse (sixième cycle de monitoring) de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), 2020, pp. 32-33 ; cf. aussi KÁLIN et LOCHER (2015), pp. 36 ss ; GRAF et ZIMMERMANN (2022), pp. 163-166, avec d'autres références. Sur les instruments et mécanismes internationaux de lutte contre la discrimination raciale, et leur mise en œuvre en Suisse, voir aussi BERNARD et ESKANDARI (2022), pp. 14 ss, qui jugent ces instruments sous-utilisés et soulignent que « le cadre législatif suisse au niveau fédéral offre une protection relativement faible » en matière de lutte contre la discrimination raciale (p. 17).

⁴ Cf. notamment GRAF et ZIMMERMANN (2022), pp. 164-165 ; BIAGGINI (2017), N 18 ad art. 8 ; NAGUIB (2011).

privé du contrat de travail⁵, en imposant à l'employeur l'obligation de protéger la personnalité de ses employées et employés, s'avère lui aussi d'une efficacité toute relative en la matière⁶. Quant à la norme pénale antiraciste de l'article 261bis du Code pénal, elle est, elle aussi, d'application limitée – en ce qu'elle vise des cas particuliers, individuels et concrets, de manifestations généralement explicites et publiques, ainsi que, le plus souvent, d'une certaine gravité⁷, de sorte qu'elle n'a pas vocation à protéger contre les discriminations systémiques⁸, lesquelles sont généralement indirectes et/ou souvent implicites⁹.

La Suisse se distingue de ses voisins, à cet égard, en ce qu'elle n'est pas membre de l'Union européenne (UE). Or, l'UE a adopté – et a imposé à ses États membres –, au travers de plusieurs directives depuis les années 2000, un cadre législatif appelé à renforcer la lutte contre les discriminations de toutes sortes, notamment dans le domaine de l'emploi.

La présente étude vise, à l'aide d'une approche transdisciplinaire¹⁰, à examiner les politiques de protection contre les discriminations raciales de l'Union européenne, en mettant l'accent en particulier sur le dispositif législatif belge, afin de suggérer quelques pistes d'amélioration pour la Suisse.

Pour ce faire, deux axes de recherches ont été choisis. Les méthodes de l'analyse juridique et celles des sciences sociales ont été croisées. Cette contribution se veut transdisciplinaire, en ce sens qu'elle combine une étude de cas détaillée, d'un point de vue juridique, des bases légales et de l'arsenal législatif de la Belgique avec, d'un point de vue de sciences sociales, une analyse de la littérature existante concernant la mise en œuvre (évaluations politiques), complétée par des entretiens qualitatifs avec des spécialistes des politiques en question.

⁵ Pour un exemple récent, et plutôt rare, de jurisprudence et d'application de l'art. 328 CO, dans lequel un employé s'était plaint ouvertement de harcèlement psychologique en lien avec la discrimination raciale, voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_215/2022, du 23 août 2022 : la Cour a rejeté le recours de l'employeuse contre un jugement cantonal ayant confirmé sa condamnation à une indemnité de cinq mois de salaire pour licenciement abusif ; elle a considéré que si l'entreprise employeuse a toléré le harcèlement et la discrimination, sans prendre de mesures efficaces pour les faire cesser, en violation de son obligation résultant de l'art. 328 al. 1 CO, et que ce harcèlement (et la discrimination) a provoqué chez le travailleur une baisse de rendement ou une période de maladie, l'employeur ne saurait tirer argument de cette baisse pour licencier le travailleur. On peut se demander si le salarié, qui s'était contenté de réclamer cinq mois de salaire comme indemnité de licenciement abusif, n'aurait pas pu obtenir plus (par ex. une indemnité de six mois de salaire et une indemnité supplémentaire pour tort moral), s'il l'avait demandé, vu le caractère dévastateur sur sa santé du racisme subi, sans protection aucune de la part de l'entreprise employeuse (voir à ce propos le commentaire d'AURÉLIEN WITZIG, dans la newsletter Droit du travail, de novembre 2022 (<https://publications-droit.ch/campagne/2206>, consulté pour la dernière fois le 28 novembre 2022).

⁶ Sur la question, et les raisons de ce constat (manque de transparence liée à l'interprétation de dispositions très générales, faiblesse des sanctions envisageables et, donc, absence de caractère dissuasif, obstacles procéduraux entravant l'accès à la justice, coûts des procédures, etc.), cf. notamment GRAF et ZIMMERMANN (2022), p. 165, avec d'autres références ; KÄLIN et LOCHER (2015), pp. 38-39 et 48-49. Sur l'art. 328 CO en lien avec la discrimination, en général, voir aussi DUNAND, N 60-67 ad art. 328, dans : Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (2022), pp. 360-367.

⁷ Cf. KÄLIN et LOCHER (2015), p. 35.

⁸ Sur la notion de « discrimination systémique », en provenance du droit canadien et du droit des États-Unis d'Amérique, cf. notamment MERCAT-BRUNS (2018), pp. 2-3, ainsi que NDJOKO (2021), N 2 : « La discrimination systémique, parfois dénommée discrimination structurelle, désigne une forme de discrimination inhérente à des modèles sociaux, des structures institutionnelles, des conduites individuelles, voire à des dispositifs législatifs qui créent, reflètent et reproduisent des pratiques désavantageuses pour des personnes présentant l'une des caractéristiques protégées par le droit de la non-discrimination ».

⁹ Cf. KÄLIN et LOCHER (2015), pp. 37-38.

¹⁰ Sur la nécessité d'une réponse inter- ou transdisciplinaire « au fait discriminatoire », cf. NDJOKO (2021), N 30-34 ; cf. aussi LÉNEL et MERCAT-BRUNS (2022), pp. 225 ss.

Le choix de la Belgique, comme objet de l'étude de cas pour l'analyse juridique des dispositions légales relatives à la lutte contre les discriminations raciales, s'explique pour différentes raisons. La Belgique, qui connaît un arsenal législatif étendu en la matière, est, tout comme la Suisse, un État fédéral. En outre, elle compte un nombre d'habitants à peine plus élevé que celui de la Confédération suisse et comprend également différentes communautés linguistiques, avec plusieurs langues nationales¹¹. Aussi, et bien que certaines de nos interlocutrices soient également expertes du dispositif français de protection contre les discriminations raciales, avons-nous choisi d'examiner le cas de la Belgique, qui nous semblait permettre une comparaison plus pertinente. La France en tant qu'État fortement centralisé, de taille bien plus importante, présente un cas de figure assez différent du système suisse. Il n'en demeure pas moins que la présente étude fera aussi, ponctuellement, différents parallèles avec le système français, voire avec d'autres régimes nationaux de protection contre les discriminations, notamment dans le cadre de l'analyse tirée des entretiens qualitatifs.

2. Méthodes et plan de l'étude

S'agissant des méthodes mises en œuvre, l'étude se fonde, pour la partie juridique, sur les méthodes traditionnelles de l'analyse juridique et sur les sources habituelles et généralement disponibles de la réglementation en vigueur – qu'elle soit constitutionnelle ou légale –, de la jurisprudence et de la doctrine juridique, ainsi que, lorsque cela est pertinent, et dans la mesure où elle est connue, de la pratique des autorités.

Pour la partie des sciences sociales, l'étude se base en priorité sur des entretiens qualitatifs avec des expertes praticiennes ayant une connaissance approfondie des réglementations européennes et, surtout, des lois belges et françaises. Les directives européennes ayant plus de vingt ans d'existence, ces expertes peuvent donner une appréciation de leurs éléments clés et mesures phares. Les enseignements tirés de ces entretiens sont enrichis par la littérature sur le sujet.

Nous avons ainsi réalisé des entretiens semi-directifs d'environ une heure et demie avec cinq personnes¹². Les échanges étaient centrés sur les expertises qu'ont ces interlocutrices du droit européen de la non-discrimination. Nous avons commencé par des questions générales ouvertes, puis, en suivant le fil de leurs discours, nous avons pu approfondir certaines de leurs appréciations. Concernant la méthode choisie, un codage thématique¹³ simple a été effectué pour tous les entretiens, préalablement retranscrits de manière synthétique, afin de dégager les idées principales à développer. Pour chaque sous-chapitre, nous proposerons de ce fait une analyse critique. Le but étant de dégager de bonnes pratiques en matière de non-discrimination, cette méthode semblait la plus appropriée.

Les différentes thématiques traitées, qui déterminent la structure et les différents chapitres de l'étude, ont été choisis sur la base d'une brève revue de littérature, de l'étude de cas belge et en suivant les suggestions des expertes, ainsi qu'en sélectionnant les éléments récurrents dans leurs

¹¹ La Belgique compte trois langues « nationales », le français, le néerlandais et l'allemand, qui ne sont toutefois pas mentionnées comme telles par la Constitution, les articles 2 et 4 al. 1^{er} de la Constitution belge précisant, respectivement, que la « Belgique comprend trois communautés : la Communauté française, la Communauté flamande et la Communauté germanophone » et qu'elle « comprend quatre régions linguistiques : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande » (voir aussi, plus bas, ch. 1.2.1). Sur la question, complexe et controversée, des langues « nationales » en Belgique, cf. notamment DUMONT et EL BERHOUMI, pp. 484-514.

¹² Qui sont présentées brièvement à la fin de cette contribution, et que nous tenons à remercier d'ores et déjà.

¹³ FLICK (2009).

discours. Pour chacune de ces thématiques, nous proposerons donc, dans un premier temps, une description analytique du dispositif législatif existant en Belgique, qui sera suivie, le cas échéant, d'un bref rappel de la situation correspondante en Suisse, ainsi qu'une analyse qualitative critique fondée sur les appréciations des expertes et les enseignements tirés des entretiens avec elles. Cette analyse qualitative permettra d'étoffer chaque partie dédiée à une thématique spécifique, en dépassant une approche purement juridique.

Pour ce qui est du plan de l'étude, les diverses thématiques abordées, qui constituent également les différents chapitres de l'étude, sont celles de la stratégie et du cadre législatifs de lutte contre la discrimination raciale (ch. II ci-après), du contenu matériel de la législation « anti-racisme » (III) et des volets institutionnel et pédagogique de cette législation (IV). L'étude s'achèvera sur une synthèse, accompagnée de propositions d'améliorations du dispositif légal suisse, à la lumière des pratiques positives observées dans le système belge et dans le cadre des entretiens d'expertes.

II. LA STRATÉGIE ET LE CADRE LÉGISLATIFS DE LUTTE CONTRE LA DISCRIMINATION (RACIALE)

1. Le dispositif législatif de la Belgique

1.1. Remarques liminaires : le cadre « législatif » de l'Union européenne

A la différence de la Suisse, on l'a dit et c'est connu, la Belgique est membre de l'Union européenne. Cette dernière s'est dotée dès les années 2000, dans le cadre du programme de lutte contre les discriminations, d'un important arsenal « législatif » en la matière. Elle a notamment adopté trois directives entre 2000 et 2002, dont deux sont pertinentes pour cette étude, à savoir la *Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique*¹⁴, d'une part, 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*¹⁵, d'autre part¹⁶. Celles-ci ont fortement influencé le cadre légal fédéral belge, comme de manière générale celui des autres États membres, sur les questions d'égalité et de non-discrimination. La première condamne les discriminations fondées sur la « race » ou l'origine ethnique, dans divers secteurs, dont notamment celui de l'emploi. La seconde interdit les discriminations fondées sur quatre motifs, soit la religion ou les convictions, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle, dans le seul secteur de l'emploi. De par leur nature de directives, ces injonctions s'imposent aux États membres de l'Union et leur transposition au niveau national est obligatoire. Cela a conduit dans plusieurs pays, dont la Belgique, à l'adoption d'un cadre législatif détaillé en matière de lutte contre les discriminations¹⁷.

¹⁴ Journal officiel n° L 180 du 19 juillet 2000, pp. 22-26.

¹⁵ Journal officiel n° L 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22.

¹⁶ La troisième de ces directives étant, dans un premier temps, la *Directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail* (Journal officiel n° L 39 du 14 février 1976, pp. 40-42), complétée et précisée par la suite par la *Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil 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* (Journal officiel n° L 269 du 5 octobre 2002, pp. 15-20), puis remplacée 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* (Journal officiel n° L 204 du 26 juillet 2006, pp. 23-36). Il existe à vrai dire encore une quatrième directive, mais qui vise l'égalité de traitement entre femmes et hommes en dehors du monde du travail, 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* (Journal officiel n° L 373 du 21 décembre 2004, pp. 37-43).

¹⁷ Sur ces directives « anti-discrimination », ainsi que leur transposition dans les différents droits nationaux, et un bilan après 15 années, voir entre autres BRIBOSIA, RINGELHEIM et RORIVE (2015), pp. 67-83 ; cf. aussi *human-rights.ch*, Le droit de l'Union européenne contre la discrimination, novembre 2017, <https://www.human-rights.ch/fr/pfi/droits-humains/discrimination/dossier-non-discrimination/normes-internationales/union-europeenne/> (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022). Cf. aussi, pour un bilan plus récent de la mise en œuvre dans les États membres, ainsi que les problèmes et difficultés qui subsistent, le Rapport de la Commission du 19 mars 2021, cité, COMMISSION EUROPÉENNE (2021).

1.2. Le cadre général du dispositif législatif belge en matière de lutte contre la discrimination

1.2.1. La question de la répartition des compétences de légiférer

Comme la Suisse, la Belgique est, mais depuis 1994 seulement¹⁸, un État fédéral¹⁹, dans lequel se pose donc la question de la répartition des compétences législatives entre le centre et la périphérie, l'état central et les entités fédérées, qui ont la particularité, en Belgique, d'être de deux sortes : les Communautés, fondées sur la langue et la culture (avec trois Communautés, flamande, française, et germanophone)²⁰, d'une part, et les Régions (avec trois régions, la Région wallonne, la Région flamande et la Région bruxelloise)²¹, d'autre part. Il en résulte une répartition des compétences relativement compliquée (sur le système de la répartition des compétences en Belgique, en général, voir l'encadré).

Le système de la **répartition des compétences** en général est d'autant plus compliqué que la sixième réforme de l'État l'a encore fortement complexifié, en transférant notamment certaines compétences matérielles fédérales vers les Communautés et Régions. Ainsi, même si, selon les termes de l'art. 35 de la Constitution, l'État fédéral « n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même », les Communautés ou les Régions, « chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi » (la disposition précisant que la loi en question doit être adoptée à une majorité particulière, la « majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa », à savoir « à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés »). Néanmoins, malgré ce texte, le principe général en droit constitutionnel belge est que les Communautés et les Régions disposent de compétences attribuées (c'est-à-dire explicitement attribuées par la loi) et l'État fédéral dispose des compétences résiduelles (voir notamment, à ce propos, DE COCK [2016] pp. 38-39). De manière générale, l'État fédéral conserve des compétences dans de nombreux domaines comme, entre autres, la défense nationale et les affaires étrangères, mais aussi les finances, la sécurité sociale et la justice, ainsi qu'une partie importante des affaires intérieures et de la santé publique. Les Communautés et les Régions sont cependant compétentes pour établir des relations avec l'étranger dans le cadre des matières qu'elles gèrent.

S'agissant de la répartition des compétences dans le domaine qui nous occupe, c'est-à-dire en matière d'égalité et d'interdiction des discriminations, la Constitution belge consacre les principes d'égalité et de non-discrimination dans ses articles 10 à 11bis²², au titre des droits fondamentaux.

¹⁸ Depuis la révision de la Constitution du 5 mai 1993, qui consacrait un État fédéral, après plusieurs réformes constitutionnelles, notamment en 1970, 1980, 1988-1989, puis 1993. Une cinquième et une sixième réformes de la structure étatique ont encore eu lieu en 2001 et 2012-2014. Sur ces diverses réformes, voir notamment https://www.belgium.be/fr/la_belgique/connaitre_le_pays/histoire/la_belgique_a_partir_de_1830/constitution_de_l_etat_federal (consulté pour la dernière fois le 20 août 2022).

¹⁹ Art. 1^{er} de la Constitution belge.

²⁰ Art. 2 de la Constitution belge (cf. aussi l'art. 4 al. 1^{er} qui énumère les quatre régions linguistiques, cité note 11 ci-dessus). Les Communautés renvoient aux ensembles de population – aux personnes – qui les composent et aux liens qui unissent ces personnes, principalement la langue et, plus généralement, la culture en général.

²¹ Art. 3 de la Constitution belge. Les Régions se réfèrent à un territoire – et leur création répond à l'aspiration d'autonomie de certains territoires – et peuvent en ce sens être comparées aux États fédérés américains, aux Länder allemands et aux cantons suisses.

²² L'art. 10 pose le principe général d'égalité, l'art. 11 celui d'interdiction des discriminations et le nouvel art. 11bis apporte des précisions en matière d'égalité entre femmes et hommes, notamment au sein des autorités.

La compétence en cette matière, pour concrétiser ces principes, est répartie entre l'État fédéral et les différentes Communautés et Régions belges. Il s'agit d'une compétence dite « parallèle ou accessoire »²³, ce qui signifie que la compétence législative est attribuée aussi bien aux autorités fédérales qu'aux autorités fédérées²⁴. En d'autres termes, tant le législateur fédéral que les législateurs fédérés sont compétents pour adopter des dispositions ayant pour but de concrétiser les droits consacrés aux articles 10 à 11bis de la Constitution. Aujourd'hui, des lois ont été élaborées tant au niveau fédéral qu'au niveau des autorités fédérées. Les lois adoptées par les autorités fédérées ne font cependant pas l'objet de cette étude, les trois lois fédérales du 10 mai 2007 restant les plus utilisées au quotidien²⁵ et découlant directement des directives européennes.

Les **décrets et ordonnances adoptés par les autorités fédérées** reprennent dans une large mesure les concepts définis par les directives européennes et transposés au niveau national par les lois fédérales. Une grande partie de ces textes reprennent la distinction entre la voie civile et pénale telle qu'elle est reconnue dans les lois fédérales de 2007. Les textes adoptés par les autorités fédérées utilisent dès lors les lois fédérales comme référence ou source de guidance, garantissant ainsi une certaine uniformité en pratique dans la défense des victimes de discrimination (constat confirmé lors de l'entretien avec Manon Asselbourg). Il convient ici d'ajouter que le principe d'équipollence des normes s'applique en Belgique, de sorte que les différentes lois s'inscrivent dans une relation d'égalité hiérarchique et ont donc la même valeur, peu importe qu'elles émanent de l'État fédéral ou des autorités fédérées (voir à ce propos BEHRENDT [2021], p. 11).

1.2.2. La transposition des directives européennes au travers des lois fédérales

Pour ce qui est des lois fédérales, les directives européennes évoquées plus haut ont fortement influencé le cadre légal fédéral belge sur les questions d'égalité et de non-discrimination. Comme indiqué, leur transposition au niveau national, obligatoire en Belgique comme dans les autres États membres de l'UE, a conduit à l'adoption d'un cadre législatif riche et détaillé.

En effet, suite à l'adoption des deux directives évoquées (ch. 1.1. ci-dessus), la législation anti-discrimination belge a fait l'objet d'une importante réforme en 2003, avec l'adoption de la 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*²⁶. Cette nouvelle loi est venue compléter à la fois la loi anti-racisme de 1981²⁷, aux termes de laquelle les discriminations en raison d'une prétendue race n'étaient sanctionnées que sur le plan pénal, et à la condition qu'elles fussent intentionnelles et inspirées par des motifs racistes ou xénophobes, et la loi sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes (dite « loi sur le genre », de 1999). La protection contre les discriminations était ainsi étendue à une série d'autres critères, dont l'orientation sexuelle, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique et le handicap. De plus, autre innovation importante, la loi de

²³ Cf. BEHRENDT (2021), p. 9.

²⁴ LEJEUNE (2017), p. 51.

²⁵ Pratique confirmée, lors de son entretien du 5 juillet 2022, par Manon Asselbourg, collaboratrice au sein du Service Soutien Individuel chez UNIA (sur cette institution, voir plus bas, ch. IV.1.1.3).

²⁶ Pour le texte de cette loi, supprimée par la suite et remplacée par les lois de 2007, https://www.unia.be/files/Documenten/Wetgeving/Loi_du_25_fevrier_2003_contre_la_discrimination_13pg.pdf (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022).

²⁷ *Loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, du 10 juillet 1981, loi dont le champ d'application avait été étendu au domaine de l'emploi par l'introduction des articles 2 et 2bis, par une modification adoptée en 1994.

2003 a introduit un volet civil en matière de lutte contre les discriminations²⁸, ouvrant aux victimes de discriminations une voie civile – et la possibilité d'intenter une action en cessation – à côté de celle déjà prévue par le droit pénal. Cette nouvelle loi avait par ailleurs un champ d'application généraliste, c'est-à-dire portant sur différents critères de discriminations²⁹, et large, la loi visant l'interdiction de toute discrimination, tant indirecte que directe, aussi bien dans le secteur privé que dans le secteur public, et s'étendant à de vastes domaines, comme « l'accès à l'emploi et les conditions de travail, [...] la fourniture des biens et services, mais aussi [...] la participation à toute activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public »³⁰. Un recours concluant à l'annulation partielle ou totale de cette nouvelle loi, déposé en septembre 2003, a donné lieu à l'arrêt n°157/2004 de la Cour d'arbitrage³¹, du 6 octobre 2004³², qui a conduit à l'annulation partielle de la loi de 2003 (voir encadré), puis à son remplacement, dès 2007, par trois nouvelles lois. En 2006, en effet, le Gouvernement belge a déposé un projet de loi instituant un arsenal législatif riche contre les discriminations, la transposition des directives européennes au niveau belge jusque-là étant considérée comme déficiente³³.

Parmi les raisons qui ont motivé **l'annulation partielle de la loi de 2003**, on peut signaler l'annulation de l'article 2 par. 1^{er} de la loi, qui délimitait les critères protégés, par le biais d'une liste fermée, exhaustive, de critères, ne comprenant pas les discriminations en raison des convictions politiques ou de la langue. Suite à l'arrêt de la Cour d'arbitrage, la loi couvrait donc toute discrimination, quel que soit le motif ayant mené à celle-ci, et elle n'était dès lors plus conforme aux exigences de transparence découlant de la directive européenne 43/2000/CE, selon laquelle les motifs de discrimination doivent être énoncés explicitement dans les instruments nationaux de transposition (voir à ce propos les travaux parlementaires de 2006-2007, évoqués ci-dessous, note 33, Doc. parl., Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/001, p. 5).

1.3. La stratégie législative en matière de lutte contre les discriminations

Comme indiqué, le Gouvernement belge a donc proposé en 2006 un projet de loi instituant un nouveau dispositif législatif de lutte contre les discriminations. S'est alors posée, dans le cadre des travaux préparatoires, la question de la stratégie législative, à savoir soit de rédiger une loi unique, ou un code, visant toutes les formes – et tous les motifs – de discrimination, soit de prévoir plusieurs lois différentes, spécifiques à certaines formes – ou à certains motifs – de discrimination. Le législateur a opté pour la seconde variante, c'est-à-dire pour un cadre juridique en trois volets, principalement pour deux raisons. Premièrement, un certain nombre de personnes prônaient la thèse selon laquelle les discriminations de genre doivent être appréhendées d'une façon distincte des autres formes de discrimination. Deuxièmement, le droit de l'Union européenne lui-même fait une distinction entre les différentes formes de discrimination, de sorte qu'adopter un code ou une loi

²⁸ ERNOUX et WAUTELET (2018), p. 22.

²⁹ RENAULD (2009), p. 14.

³⁰ SÄGESSER (2005), p. 5. Sur cette réforme de 2003, cf. aussi, plus généralement, UNIA, Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (loi antidiscrimination), <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/legislation/loi-du-10-mai-2007-tendant-a-lutter-contre-certaines-formes-de-discrimination> (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022).

³¹ Devenue par la suite, dès le 8 mai 2007, la Cour constitutionnelle.

³² C.A., 6 octobre 2004, n°157/2004, M.B., 18 octobre 2004.

³³ Voir à ce sujet les travaux relatifs au nouveau paquet législatif adopté en 2007, in : Doc. parl., Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/001, p. 5.

unique comportait le risque de ne pas transposer correctement les directives européennes³⁴. Le législateur a du reste précisé que cette division en trois lois, selon les critères protégés en jeu, ne s'inscrit pas dans un contexte hiérarchique³⁵.

L'arsenal législatif belge de lutte contre les discriminations est donc désormais constitué de trois lois principales, toutes du 10 mai 2007 : la *loi modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie* (ou « loi anti-racisme »)³⁶, qui succède à la loi du 30 juillet 1981, révisée en 2003, et dont il sera principalement question ici ; la *loi tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes* (« loi sur le genre » ou « loi-genre »)³⁷, qui succède à la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi ; et la *loi tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* (« loi anti-discrimination »)³⁸, qui s'applique à tout autre motif de discrimination³⁹. Ces trois lois⁴⁰ portent ensemble, au total, sur 19 critères ou motifs de discrimination, suspects ou prohibés (on parle aussi de « motifs protégés »). Leur adoption ou modification, en 2007, a notamment été motivée par le besoin d'une meilleure coordination entre les différents instruments à disposition pour la lutte contre les discriminations et la volonté d'accroître leur efficacité, ainsi que le souligne un rapport d'évaluation de deux lois « anti-racisme » et « anti-discrimination » établi par UNIA, l'organisme belge de promotion de l'égalité, en 2017⁴¹.

Ainsi que le relève par ailleurs le même organisme, le législateur belge a donc « choisi de conserver trois lois distinctes – en l'occurrence une loi antiracisme modifiée, une nouvelle loi anti-discrimination et une loi sur le genre – mais en veillant fortement à harmoniser les concepts utilisés, le champ d'application matériel, les dispositions civiles et procédurales ainsi que le volet pénal de la lutte contre les discriminations »⁴².

On notera encore que parallèlement à l'évaluation évoquée, par UNIA, de cet arsenal législatif de 2007, une autre évaluation de ces trois lois a été réalisée par une Commission d'experts, désignée par le Parlement fédéral et présidée par Françoise Tulkens, commission dont le rapport a également été remis en 2017⁴³. En février 2022, un nouveau rapport d'évaluation, rédigé par une Commission désignée par le Gouvernement pour évaluer l'application et l'effectivité des trois lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination, recommande de regrouper les trois législations en une seule, pour en faciliter la compréhension, tout en proposant de prendre en compte, dans ce

³⁴ Doc. parl., Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/001, pp. 12-13.

³⁵ Doc. parl., Chambre, 2006-2007, Doc. 51-2720/001, p. 13.

³⁶ M.B. 30 mai 2007, 29046-29056.

³⁷ M.B. 30 mai 2007, 29031-29043.

³⁸ M.B. 30 mai 2007, 29016-29031.

³⁹ FAUX (2007).

⁴⁰ S'y ajoute en réalité une quatrième loi, également du 10 mai 2007, la *loi adaptant le Code judiciaire à la législation tendant à lutter contre les discriminations et réprimant certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie*, M.B. 30 mai 2007, 29044-29046.

⁴¹ UNIA (2007), p. 4. Sur UNIA, voir le chiffre IV.1.1.3 ci-après.

⁴² UNIA, *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination* (loi antidiscrimination), <https://www.unia.be/fr/legislation-et-recommandations/legislation/loi-du-10-mai-2007-tendant-a-lutter-contre-certaines-formes-de-discrimination> (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022), qui précise que ces « lois ont passé avec succès le contrôle scrupuleux de leur conformité par rapport à la Constitution, à la suite de divers recours en annulation introduits devant la Cour Constitutionnelle ».

⁴³ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations, Premier rapport d'évaluation, Bruxelles, février 2017, https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Commission_dévaluation_de_la_législation_fédérale_relative_à_la_lutte_contre_les_discriminations.pdf (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).

nouveau texte de loi, les discriminations multiples, les discriminations sur base d'un critère supposé et les discriminations par association⁴⁴.

Le débat entre les tenants d'une loi anti-discriminatoire générale et unique ou, au contraire, d'une pluralité de législations spécifiques est donc, on le voit, un débat récurrent.

On relèvera encore que plusieurs autres lois fédérales coexistent avec ces trois lois de 2007, régissant des questions proches, mais qui ne feront cependant pas l'objet de cette étude, puisque leur contenu est plus spécifique. Nous pouvons citer par exemple, à cet égard, la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs⁴⁵.

2. Bref rappel de la situation en Suisse

La question de la stratégie législative – celle de savoir s'il convient de préférer une loi unique et générale ou, au contraire, plusieurs législations spécifiques, régissant chacune une forme particulière ou des motifs déterminés de discrimination, ou encore un domaine spécifique (les discriminations fondées sur le genre, par exemple, ou les discriminations en matière d'emploi, etc.) – ne se pose pas vraiment, ou pas du tout dans les mêmes termes, dans notre pays, dans la mesure où, comme on l'a déjà évoqué en introduction à cette étude, le cadre législatif suisse est assez différent de celui de la Belgique, dans la mesure où la Suisse, si elle dispose certes d'une loi spécifique sur les discriminations fondées sur le genre en matière d'emploi, s'est cependant arrêtée là, n'ayant pas adopté de législations spécifiques – sous réserve de la disposition constitutionnelle et de la norme pénale anti-raciste –, ni pour les autres motifs de discrimination, ni pour les autres domaines d'application potentiels que l'emploi.

En effet, sous réserve de la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, du 24 mars 1995⁴⁶, et dans une moindre mesure, de la loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées, du 13 décembre 2002⁴⁷, ainsi que de l'article 261bis du Code pénal (voir encadré), la Suisse ne connaît pas d'autre législation, globale ou spéciale, au plan fédéral, qui concrétise, notamment dans le domaine du droit civil, l'interdiction de la discrimination posée par l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale (encadré), pour les divers motifs de discrimination en général, et pour ce qui est des discriminations « raciales » en particulier.

⁴⁴ Commission d'évaluation des lois fédérales tendant à lutter contre la discrimination, Rapport final, Combattre la discrimination, les discours de haine et les crimes de haine : une responsabilité partagée, Bruxelles, février 2022, [https://www.unia.be/files/Commission_Evaluation_Lois_Antidiscrimination_-_Rapport_\(2022\).pdf](https://www.unia.be/files/Commission_Evaluation_Lois_Antidiscrimination_-_Rapport_(2022).pdf) (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).

⁴⁵ Loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, M.B., 18 septembre 1996.

⁴⁶ Loi sur l'égalité (LEg), RS 151.1, loi qui « a pour but de promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes », en particulier dans le domaine des relations de travail, de droit public (fédéral, cantonal et communal) comme de droit privé (art. 1 et 2), en posant notamment une interdiction de discriminer (art. 3).

⁴⁷ Loi sur l'égalité pour les handicapés (LHand), RS 151.20, loi qui « a pour but de prévenir, de réduire ou d'éliminer les inégalités qui frappent les personnes handicapées », en créant « des conditions propres à faciliter aux personnes handicapées la participation à la vie de la société, en les aidant notamment à être autonomes dans l'établissement de contacts sociaux, dans l'accomplissement d'une formation ou d'une formation continue et dans l'exercice d'une activité professionnelle » (art. 1^{er} al. 1^{er} et 2).

Sous l'intitulé « Discrimination et incitation à la haine », l'**article 261bis du Code pénal suisse (RS 311.0)** a la teneur suivante :

« Quiconque, publiquement, incite à la haine ou à la discrimination envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle,

quiconque, publiquement, propage une idéologie visant à rabaisser ou à dénigrer de façon systématique cette personne ou ce groupe de personnes,

quiconque, dans le même dessein, organise ou encourage des actions de propagande ou y prend part, quiconque publiquement, par la parole, l'écriture, l'image, le geste, par des voies de fait ou de toute autre manière, abaisse ou discrimine d'une façon qui porte atteinte à la dignité humaine une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle ou qui, pour la même raison, nie, minimise grossièrement ou cherche à justifier un génocide ou d'autres crimes contre l'humanité,

quiconque refuse à une personne ou à un groupe de personnes, en raison de leur appartenance raciale, ethnique ou religieuse ou de leur orientation sexuelle, une prestation destinée à l'usage public, est puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

L'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale (RS 110) a la teneur suivante :

« ²Nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. »

On rappellera que l'absence de législation générale de lutte contre les discriminations, couvrant toutes les formes et tous les motifs de discrimination, engendre d'ailleurs l'une des observations les plus fréquemment adressées à la Suisse par certaines instances internationales, notamment par les organes des traités de l'ONU⁴⁸ et du Conseil de l'Europe⁴⁹, qui réitèrent régulièrement leurs recommandations tendant à ce que la Suisse adopte « une législation complète contre la discrimination pour couvrir tous les motifs et tous les domaines »⁵⁰.

⁴⁸ Voir, entre autres, CERD, Observations finales, 7ème à 9ème Rapport (2014), not. ch. 6, ainsi que CERD, Observations finales, 10ème à 12ème Rapport (2021), not. ch. 5 et 6, où le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale « regrette qu'en dépit de sa recommandation précédente (CERD/C/CHE/CO/7-9), l'État partie n'a pas adopté une législation à l'échelon fédéral qui contienne une définition de la discrimination raciale, directe et indirecte, pleinement conforme à l'article premier de la Convention » et se dit « vivement préoccupé par l'absence d'une législation interdisant clairement la discrimination raciale et par le manque des recours suffisants et accessibles pour les victimes, notamment dans le droit civil et administratif et dans les domaines de l'éducation, de l'emploi et du logement »; aussi, le comité réitère-t-il « sa recommandation à l'État partie : a) D'incorporer dans sa législation une définition claire et complète de la discrimination raciale directe et indirecte, qui couvre tous les domaines de la vie privée et publique, [...] ; b) D'adopter une disposition à caractère général dans le droit civil et administratif interdisant la discrimination raciale directe et indirecte dans tous les domaines de la vie privée et publique, et d'offrir des recours utiles et accessibles aux victimes de cette discrimination, y compris dans les domaines de l'éducation, de l'emploi et du logement, et veiller à qu'elles puissent obtenir satisfaction ou réparation pour tout préjudice qu'elles pourraient subir ».

⁴⁹ Voir notamment le 6ème Rapport ECRJ sur la Suisse (2020), p. 32, qui rappelle aussi que l'étude du CSDH « sur l'accès à la protection juridique dans des cas de discrimination supposée en raison du genre, de l'identité sexuelle, de l'orientation sexuelle, de la race, de la religion ou du handicap », publiée en 2015, « a opposé un refus clair aux appels en faveur d'une loi générale contre la discrimination » et que « [l]e Conseil fédéral a estimé en 2016 que les lois en vigueur garantissaient une protection suffisante contre la discrimination et a rappelé que le parlement avait toujours rejeté l'idée d'une loi générale contre la discrimination ».

⁵⁰ 6ème Rapport ECRJ sur la Suisse (2020), p. 33.

3. Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes

3.1. La stratégie législative

Il ressort des entretiens avec les expertes qu'avant de proposer une nouvelle législation contre les discriminations, la question de la stratégie législative doit être abordée. A titre d'exemple, la France avait dans un premier temps adopté une loi de transposition des directives européennes qui amenait plusieurs lois existantes. Concrètement, cela signifie qu'un chapitre sur la discrimination est ajouté dans des lois distinctes. Les spécialistes du droit y étant habitué-e-s, cela ne leur pose généralement pas de problème pour trouver et exploiter les dispositions pertinentes.

Cependant, le domaine des discriminations apparaît comme particulier car il implique une multiplicité d'actrices et d'acteurs n'ayant, d'une part, pas toujours une formation juridique (conseillères et conseillers, victimes, associations, syndicats, etc.) et ne disposant pas toujours, d'autre part, de connaissances de fond concernant la discrimination raciale et ses enjeux (organes de poursuites, juges, avocates et avocats). Ainsi, d'après l'une des expertes rencontrées, aujourd'hui en France, seule une ou un spécialiste s'avère capable de connaître tous les textes contenant une disposition qui concerne les discriminations. Il est dès lors très difficile d'identifier l'ensemble des textes amendés.

Pour elle, la solution la plus adaptée consiste à créer un document de référence, court, lisible et pédagogique, ce qui a finalement été fait en France, avec l'adoption de la *loi n° 2008-496 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations*, du 27 mai 2008⁵¹, loi en quelque sorte finale de transposition française des directives communautaires⁵². Comme l'explique cette interlocutrice, quiconque souhaite travailler ou se renseigner sur le sujet peut se référer à cette loi, relativement courte, qui comporte d'abord la définition de la discrimination et les critères ou caractéristiques protégés (art. 1^{er}), les domaines couverts (art. 2), puis énumère tous les textes amendés (art. 3). Ainsi, les dispositions qui existent dans toutes les législations nationales spécifiques restent en vigueur et demeurent là où elles sont, mais avec en plus un document de référence facile à appréhender. Ce modèle, qui fait penser à une loi-cadre, une sorte de loi « partie générale »⁵³, pourrait éventuellement s'avérer une piste intéressante à étudier pour la Suisse, qui ne connaît toujours pas de définition claire et complète de la discrimination, et notamment de la discrimination raciale, dans sa législation.

Si cette solution peut donc à certains égards sembler idéale, une autre experte nous met cependant en garde. Pour elle, il faut éviter d'uniquement renvoyer à la loi de transposition en ce qui concerne les définitions. Pour le domaine de l'emploi, elle préconise plutôt d'ajouter une définition de la discrimination raciale directement dans le Code du travail. Par ce biais, la discrimination raciale est rendue visible et ce directement dans le secteur de vie considéré, connu des personnes qui le pratiquent au quotidien, en l'occurrence les personnes actives dans le domaine de l'emploi et du travail.

Il s'agit donc – et ce pourrait être un enseignement à tirer pour la Suisse – de trouver, en matière de lutte contre les discriminations, le bon équilibre législatif entre pédagogie et définitions claires,

⁵¹ JORF n° 0123 du 28 mai 2008.

⁵² Cette loi a fait l'objet de diverses modifications partielles depuis.

⁵³ Telle que celle que le droit suisse connaît, de manière certes un peu différente, parce que beaucoup plus fournie et détaillée, dans le domaine des assurances sociales, voir à ce propos la *loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales* (LPGA), du 6 octobre 2000, RS 830.1.

d'un côté, et pragmatisme d'une législation proche de la pratique et du terrain, de l'autre, de manière à interdire explicitement et efficacement la discrimination, notamment raciale, en matière d'emploi. Le système introduit en France en 2008, d'une loi cadre de transposition, qui constitue une sorte de loi « partie générale » des dispositions existantes et éparpillées dans différentes lois spécifiques, thématiques, peut éventuellement représenter à cet égard une forme de compromis.

3.2. La question de la rédaction de la loi

Il ressort en effet aussi des entretiens qu'un document lisible pour l'ensemble des actrices et acteurs doit nécessairement comporter des définitions claires, à la fois des critères prohibés (ou « protégés »), des (groupes de) personnes susceptibles d'être affectées et des mesures à mettre en place. Les expertes soulignent unanimement ce point, d'autant plus central que la discrimination raciale reste un domaine peu connu, faisant référence à nombre d'idées préconçues. Sans cette clarté, l'Union européenne voit apparaître des décalages de transposition entre ses États. Une telle exigence de clarté et de précision notamment dans les définitions pourrait aussi s'avérer importante dans le système suisse, dans lequel la mise en œuvre des dispositions légales s'effectue en règle générale, même pour le droit fédéral, au niveau des cantons en premier lieu, de sorte que des lectures différentes de la loi pourraient voir le jour si celle-ci n'est pas clairement rédigée.

Comme exemple, une des expertes évoque la directive 2000/43/CE, dans laquelle il est prévu que les organismes de promotion de l'égalité doivent apporter « une assistance indépendante » (chap. III, art. 3) aux victimes, sans préciser ce que cette expression recouvre. L'experte s'interroge alors sur ce que cela signifie : s'agit-il de recevoir les victimes, de les conseiller, de les orienter vers des organismes qui vont les aider à porter leur cas devant les juridictions, ou encore de les aider à monter leur dossier, voire de se porter partie civile pour elles et avec leur accord, etc. ? Elle explique ensuite que l'article en question a été interprété de façon tout à fait différente selon les États membres, ce qui crée des décalages de mise en œuvre et des pratiques peu unifiées.

Ainsi, il s'agirait de donner à la réglementation une certaine densité normative et un certain niveau de précision, en évitant dans la mesure du possible les termes ouverts et indéterminés, sujets à interprétation. La Commission européenne prépare d'ailleurs actuellement deux directives établissant des standards pour renforcer les pouvoirs des organismes de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations, en fixant des normes minimales concernant la manière dont ils interviennent pour tous les motifs de discrimination et dans tous les domaines couverts par les règles de l'Union en matière d'égalité⁵⁴.

Ainsi, une éventuelle législation destinée à améliorer la lutte contre la discrimination, en particulier raciale, en matière d'emploi, dans notre pays, devrait sans doute prendre en compte cette exigence de densité et de précision normative, ne serait-ce que pour des motifs de clarté et de lisibilité de la législation.

⁵⁴ Voir https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13098-Organismes-de-promotion-de-legalite-Normes-contraignantes_fr (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).

III. LE CONTENU MATÉRIEL DE LA LÉGISLATION ANTI-RACISME

1. La loi belge tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (loi « anti-racisme »)

1.1. L'origine, la nature et l'objet de la loi « anti-racisme »

Comme indiqué, dans sa version originale, la loi du 10 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, dite parfois « loi Moureaux », du nom de celui qui l'avait proposée, Philippe Moureaux, alors Ministre de la justice et des réformes institutionnelles, était une loi contre les discours de haine ainsi que contre les discriminations et le harcèlement, mais elle avait essentiellement un volet pénal.

La loi « anti-racisme » actuelle, de 2007, a un objet sensiblement plus large. Elle tend à créer « un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique »⁵⁵. Elle protège contre les discriminations directes, c'est-à-dire les discriminations fondées sur un des critères considérés comme prohibés ou suspects, mais aussi contre les discriminations indirectes, fondées sur un critère ou un motif d'apparence neutre, mais qui peut « entraîner un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés »⁵⁶. Elle protège également contre d'autres actes ou comportements assimilés à une discrimination, comme l'injonction de discriminer⁵⁷, consistant en toute action visant à inciter à discriminer une personne ou un groupe sur la base de l'un des critères protégés, et le harcèlement⁵⁸, parfois appelé aussi, par les spécialistes, « harcèlement discriminatoire ».

Aux termes de la Directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, le « harcèlement » est « considéré comme une forme de discrimination (...) lorsqu'un comportement indésirable lié [à la religion, les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle] se manifeste, qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Le « harcèlement discriminatoire » est donc une combinaison, en quelque sorte, de la notion de « harcèlement », moral ou psychologique, ou encore sexuel, connue du droit du travail, et de la notion de « discrimination » (pour des motifs de religion, de race, d'ethnie, etc.). À la différence du « harcèlement » classique, qui suppose en règle générale des actes hostiles ou néfastes répétitifs, sur une certaine durée, un seul

⁵⁵ Article 3 de la loi.

⁵⁶ Article 4, ch. 8.

⁵⁷ Article 12, l'art. 4 ch. 12 définissant l'« injonction de discriminer » comme suit : « tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de leurs membres ».

⁵⁸ Article 12, l'art. 4 ch. 10 définissant le « harcèlement » comme suit : « comportement indésirable qui est lié à l'un des critères protégés, et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

agissement peut parfois suffire, du moins dans certains pays, à la qualification de « harcèlement discriminatoire »⁵⁹.

D'autres formes de discriminations sont reconnues par la doctrine et la jurisprudence, à savoir la discrimination par association, la discrimination par supposition, ainsi que les discriminations multiples et intersectionnelles⁶⁰. On parle de discrimination par association lorsqu'une personne est victime de discrimination non pas parce qu'elle présente une caractéristique faisant l'objet d'un critère protégé au sens d'une des lois, mais parce qu'elle est étroitement liée à quelqu'un présentant un critère protégé⁶¹. La discrimination basée sur une caractéristique présumée vise les situations dans lesquelles une personne est discriminée parce qu'elle « est perçue comme présentant une caractéristique protégée qu'en réalité elle ne possède pas »⁶². Enfin, les notions de discriminations multiples et intersectionnelles partent du postulat qu'une personne peut être discriminée en raison de plusieurs critères de discrimination. Ces notions seront abordées plus en détail plus bas (cf. ch. 1.3 ci-après).

Surtout, la loi « anti-racisme » comprend aujourd'hui un volet civil et un volet pénal⁶³. Selon un rapport d'évaluation datant de 2017, d'UNIA, l'organisme belge de promotion de l'égalité⁶⁴, il y a eu une forte augmentation du nombre de procédures civiles au niveau des tribunaux de travail à partir de 2008⁶⁵. Au niveau pénal, en revanche, UNIA affirme, dans ce même rapport, n'avoir pas eu connaissance de sanctions pénales pour discrimination contre un employeur⁶⁶. L'accent est dès lors particulièrement mis sur le volet civil.

1.2. Le champ d'application de la loi « anti-racisme »

La loi tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie a un champ d'application large, défini à son article 5. Outre de nombreux domaines⁶⁷, cette loi s'applique, selon le chiffre 5 de cette disposition, aux relations de travail, domaine faisant l'objet de la présente étude. Par relations de travail, il faut comprendre « les relations qui incluent, entre autres, l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement », peu importe que la relation se situe dans le domaine privé ou public, que le travail soit rémunéré ou non, que la relation prenne place dans le cadre d'une convention de stage, d'apprentissage,

⁵⁹ Cf. notamment, pour la France, où la directive en question a été transposée par la loi n° 2008-496, du 27 mai 2008, qui définit le « harcèlement discriminatoire » à son art. 1^{er}, NOEL (2019).

⁶⁰ Entretien avec Manon Asselbourg, collaboratrice au sein du Service Soutien Individuel chez UNIA.

⁶¹ RINGELHEIM (2018), p. 69.

⁶² RINGELHEIM (2018), p. 69.

⁶³ Le volet pénal est influencé par les obligations découlant de la Convention des Nations Unies du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale.

⁶⁴ Sur cet organisme, voir le chiffre IV.1.1.3 ci-après.

⁶⁵ UNIA (2007), p. 34.

⁶⁶ UNIA (2007), p. 31.

⁶⁷ La loi s'applique, en plus des relations de travail, à l'accès aux biens et services et à la fourniture de biens et services à la disposition du public, à la protection sociale, c'est-à-dire la sécurité sociale et les soins de santé, aux avantages sociaux, aux régimes complémentaires de sécurité sociale, à la mention dans une pièce officielle ou dans un procès-verbal, à l'affiliation à – et à l'engagement dans – une organisation de travailleuses et de travailleurs ou d'employeuses et d'employeurs ou toute autre organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations, ainsi qu'à l'accès, la participation à – et tout autre exercice d' – une activité économique, sociale, culturelle ou politique accessible au public.

d'immersion professionnelle ou de premier emploi, ou encore de travail indépendant ; peu importe également le niveau de hiérarchie professionnelle et la branche d'activité⁶⁸.

La protection prévue par la loi s'applique lors de trois phases distinctes : la période précédant la relation de travail, la relation de travail en elle-même, puis la rupture des relations de travail. La protection trouve donc application avant que commence la relation de travail, visant dès lors aussi les offres d'emploi et annonces, ainsi que la sélection des dossiers qui seront retenus, c'est-à-dire le recrutement.

La protection s'étend ensuite à de nombreux aspects de la relation de travail, c'est-à-dire les conditions de travail et de rémunération, plus précisément la durée de l'emploi et les horaires de travail, la fixation du salaire, des honoraires ou de la rémunération, les régimes contenus dans les contrats de travail, les conventions d'indépendants, l'octroi et la fixation de tous les avantages actuels ou futurs en espèces, les contrats de stage et d'apprentissage, les régimes relatifs aux jours fériés et au repos dominical, ainsi qu'au travail de nuit, la promotion de l'amélioration du travail, la classification des professions et des fonctions, le congé de formation, les régimes concernant le bien-être des travailleuses et travailleurs lors de l'exécution de leur activité.

La loi protège également contre les discriminations pouvant survenir lors de la rupture des relations de travail. Cette protection s'applique à la décision de licenciement, à la fixation des conditions et des modalités du licenciement et à leur application, à l'octroi et la fixation d'indemnités, et aux mesures prises suite à la cessation de la relation professionnelle.

1.3. L'interdiction de discriminer, les diverses formes de discrimination et les motifs justificatifs

1.3.1. Les définitions des diverses formes de discrimination

Comme mentionné ci-dessus, la loi réprime quatre types de comportements, soit la discrimination directe, la discrimination indirecte, le harcèlement et l'injonction de discriminer. La discrimination par association, la discrimination par supposition et les discriminations multiples sont également considérées par la doctrine et la jurisprudence comme des comportements interdits⁶⁹.

Une discrimination implique en premier lieu une distinction, c'est-à-dire le traitement différent d'une personne par rapport à une autre. Une distinction, cependant, n'équivaut pas automatiquement à une discrimination. On se trouve en présence d'une discrimination lorsque le traitement différentiel implique qu'une personne se trouve dans une situation défavorable par rapport à une autre. Seules les discriminations reposant sur un critère déclaré suspect ou prohibé par la loi – comme indiqué, on parle aussi de « critères protégés » – sont prohibées. En d'autres termes, la cause du traitement différentiel doit être un critère protégé. Enfin, il faudra encore démontrer que cette distinction ne peut être expliquée ou rendue légitime par un motif « justificatif » prévu par la loi. En revanche, il n'est pas nécessaire de prouver que la distinction était intentionnelle pour établir que celle-ci a eu lieu et pour pouvoir bénéficier des mesures prévues par le volet civil de la loi. On notera cependant que l'intention discriminatoire doit être prouvée pour que les mesures et sanctions pénales soient appliquées.

⁶⁸ Article 4, ch. 1 de la loi.

⁶⁹ RINGELHEIM (2018), p. 67.

La *discrimination directe* est définie à l'article 4, chiffres 6 et 7, de la loi « anti-racisme ». Celle-ci entend par distinction directe toute « 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 ». Pour considérer une telle distinction comme une discrimination, il faut encore, on l'a dit, que la personne désavantagée l'ait été en raison d'un critère protégé, et que cette distinction ne puisse être expliquée sur la base d'un motif justificatif prévu par la loi. Un traitement défavorable implique une comparaison, il faut donc que deux personnes au moins se trouvent dans des situations comparables, soit dans des situations qui soient « semblables au regard de l'objet du litige »⁷⁰.

L'article 4, chiffres 8 et 9, définit la *discrimination indirecte*. Le premier paragraphe décrit une distinction indirecte comme « la situation qui se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner, par rapport à d'autres personnes, un désavantage particulier pour des personnes caractérisées par l'un des critères protégés ». Il faudra, comme pour prouver une discrimination directe, que la distinction soit fondée sur l'un des critères protégés, sans pouvoir être justifiée par un des motifs justificatifs prévus au titre II de la loi. En d'autres termes, il s'agit de situations dans lesquelles une mesure n'est pas fondée sur un critère protégé, mais soumet en réalité les personnes présentant les caractéristiques d'un tel motif protégé par la loi à un régime désavantageux⁷¹. Cette disposition permet de lutter contre des pratiques qui semblent neutres, mais qui présentent cependant un désavantage pour certaines catégories de personnes.

Le *harcèlement* est défini pour sa part à l'article 4, chiffre 12, de la loi, comme un « comportement indésirable qui est lié à l'un des critères protégés, et qui a pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité de la personne et de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant », définition qui reprend dans une large mesure celle donnée par la Directive européenne 2000/78/CE mentionnée plus haut. Lorsque la discrimination se situe dans le domaine des relations de travail, cependant, ce n'est pas la loi « anti-racisme » qui s'applique, mais la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail. Cette loi définit le harcèlement comme « [l']ensemble abusif de plusieurs conduites similaires ou différentes, externes ou internes [...], qui se produisent pendant un certain temps, qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à la personnalité, la dignité ou l'intégrité physique et psychique d'un travailleur ou d'une autre personne [...] lors de l'exécution de son travail, de mettre en péril son emploi ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant [...] »⁷². Ce comportement peut être lié à l'un des critères protégés, en l'occurrence la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, ainsi que l'origine nationale ou ethnique. Contrairement à la définition donnée par la législation française, cette définition pose problème en ce sens qu'elle implique la répétition d'un comportement, alors que les directives européennes ne semblent pas requérir le caractère répétitif d'un comportement hostile pour admettre un « harcèlement discriminatoire »⁷³. Il est ici intéressant de noter que, contrairement aux discriminations, le harcèlement ne peut être justifié⁷⁴.

⁷⁰ RENAULD (2009), p. 25.

⁷¹ RINGELHEIM (2018), p. 67.

⁷² Article 32ter, ch. 2, de la loi du 4 août 1996.

⁷³ JACQMAIN (2007), p. 9. Sur le « harcèlement » au sens des directives européennes, cf. aussi COMMISSION EUROPÉENNE (2021), p. 5.

⁷⁴ RENAULD (2009), p. 29.

Finalement, la loi « anti-racisme » mentionne à son article 4, chiffre 12, l'*injonction de discriminer*. Elle décrit cette forme de discrimination comme « tout comportement consistant à enjoindre à quiconque de pratiquer une discrimination, sur la base de l'un des critères protégés, à l'encontre d'une personne, d'un groupe, d'une communauté ou de l'un de leurs membres ». Cette situation se présente notamment lorsqu'un employeur a recours aux services d'une agence d'intérim afin qu'elle lui fournisse une travailleuse ou un travailleur, lui demandant cependant de ne pas lui présenter de personnel présentant un critère protégé, par exemple une origine nationale ou ethnique déterminée. Dans un tel cas, si l'agence en question suit les indications fournies de ne pas prendre en compte les candidats et candidates présentant un critère protégé, elle commet également une discrimination⁷⁵. Il est important de noter que la notion « d'injonction » n'implique pas un caractère contraignant de l'instruction donnée, l'auteure de celle-ci pouvant simplement exprimer une préférence ou encourager une personne tierce à commettre une discrimination⁷⁶.

La doctrine et la jurisprudence soulignent, en plus de ces trois comportements prohibés, trois autres formes de discrimination, soit la discrimination multiple, la discrimination par association, ainsi que la discrimination fondée sur une caractéristique présumée⁷⁷.

La notion de discrimination multiple part du postulat qu'une personne peut être discriminée en raison de plusieurs critères. Deux cas de figure peuvent être distingués⁷⁸. Il est question d'une discrimination additive lorsqu'une personne est discriminée sur la base de deux critères différents. Dans le deuxième cas de figure, nous parlons de discrimination intersectionnelle. C'est le cas lorsqu'une personne est discriminée également sur la base de deux critères, mais en raison de l'intersection entre ces deux critères⁷⁹. Cela peut être le cas lorsqu'une femme d'origine étrangère est discriminée en raison de l'intersection entre son origine et son genre. Dans un tel cas de figure, une femme d'origine non étrangère ou un homme étranger, présentant dès lors tous deux un critère similaire à la première personne, ne subiront pas la même discrimination, puisque ces personnes ne présentent qu'un seul critère de discrimination.

Il est question de discrimination par association lorsque la personne discriminée ne présente pas elle-même le critère prohibé, mais lorsqu'elle subit une discrimination en raison du lien qu'elle a avec une personne présentant, elle, un critère discriminé. Cette forme de discrimination a été reconnue dans plusieurs arrêts d'organes internationaux. A cet égard nous pouvons citer l'arrêt *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*⁸⁰. Dans cet arrêt, la CJUE s'est posé la question de savoir si la directive 2000/43/CE protège également contre la discrimination par association. La requérante, n'étant pas rom elle-même, habitait dans une zone dans laquelle une majorité de personnes résidentes étaient rom. Les compteurs électriques étaient, dans ce quartier, fixés à une hauteur de plus de cinq mètres de haut, de sorte que les personnes résidant dans la zone ne pouvaient pas avoir accès à leur consommation d'électricité et ne pouvaient donc s'assurer que les montants qui leur était demandé de payer étaient exacts. Dans les quartiers environnants, les compteurs étaient

⁷⁵ RINGELHEIM (2018), p. 65.

⁷⁶ Fundamental Rights Agency and European Court of Human Rights, Handbook on European Non-Discrimination Law, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne, 2018, p. 67, disponible sous : https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf.

⁷⁷ Sur ces différentes notions, ou manifestations de la discrimination, cf. aussi COMMISSION EUROPÉENNE (2021), pp. 5-6.

⁷⁸ RINGELHEIM (2018), p. 67.

⁷⁹ RINGELHEIM (2018), p. 68.

⁸⁰ Arrêt de la CJUE du 16 juillet 2015, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*.

fixés à une hauteur en-dessous de deux mètres. La Cour est arrivée à la conclusion que la protection s'applique non pas à une catégorie spécifique de personnes, mais tend plutôt à lutter contre des discriminations en raison d'un critère prohibé. La protection doit donc s'appliquer aux personnes qui subissent une discrimination en raison de ce critère, peu importe que celles-ci présentent effectivement les caractéristiques propres à ce critère⁸¹. A cet égard, il est intéressant de relever que, en Belgique, le décret du 10 juillet 2008 de l'autorité flamande – l'une des communautés fédérées – mentionne expressément à son article 16 la notion de discrimination par association⁸².

Quant à la discrimination basée sur une caractéristique présumée, ou discrimination par supposition, la notion vise l'hypothèse dans laquelle une personne est discriminée non pas parce qu'elle présente effectivement un critère prohibé, mais parce que la personne qui la discrimine pense à tort qu'elle présente un de ces critères⁸³. La CourEDH a reconnu cette forme de discrimination dans son arrêt *Timichev c. Russie*, notant qu'une « discrimination fondée sur l'origine ethnique réelle ou perçue constitue une forme de discrimination raciale »⁸⁴. Au niveau de la législation belge, les travaux parlementaires reconnaissent qu'une discrimination par association constitue une discrimination au sens des lois de 2007⁸⁵. Il convient également d'observer ici le rôle des autorités fédérées, soit des autorités flamandes, qui reconnaissent cette forme de discrimination dans le décret de 2008 précité.

1.3.2. Les motifs justificatifs ou les justifications objectives et les mesures d'action positive

Si elle interdit les discriminations, la loi prévoit cependant des raisons qui, dans certaines circonstances, permettent de justifier une différence de traitement même si celle-ci est fondée sur l'un ou l'autre des motifs de discrimination que la loi entend prohiber en principe. On parle alors, dans la loi ou dans la doctrine, de « motifs justificatifs » ou de « justifications objectives ».

Une inégalité ou une différence de traitement fondée sur l'un ou l'autre des motifs prohibés ou « protégés » peut ainsi ne pas être considérée comme une discrimination. Le chapitre 1^{er} du titre II de la loi prévoit les hypothèses dans lesquelles une inégalité de traitement peut ainsi être justifiée. Selon l'article 7 alinéa 2, « toute distinction directe fondée sur la nationalité constitue une discrimination directe, à moins qu'elle ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires ». Dès lors, pour reconnaître une discrimination, il faut être face à une distinction ou une différence de traitement, en lien avec un des critères protégés, pour laquelle il n'existe aucune justification objective.

Selon l'article 8 de la loi, une distinction directe dans le domaine de l'emploi ne peut être justifiée « que sur la base d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Tel est le cas seulement lorsqu'une caractéristique particulière, liée à un des critères en question, est « essentielle et déterminante en raison de la nature spécifique de l'activité professionnelle concernée ou du contexte de son exécution », et que cette exigence « repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci ». Un exemple typique à cet égard est la recherche d'un acteur ou

⁸¹ Arrêt de la CJUE du 16 juillet 2015, C-83/14, *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD*, para. 56. La Cour fait ici référence à son arrêt *Coleman* du 17 juillet 2008, reconnaissant une discrimination par association fondée sur le critère du handicap.

⁸² RINGELHEIM (2018), p. 70.

⁸³ RINGELHEIM (2018), p. 71.

⁸⁴ *Timichev c. Russie*, requêtes nos 55762/00 et 55974/00, § 56, CEDH 2005-XII.

⁸⁵ RINGELHEIM (2018), p. 71.

d'une actrice de couleur de peau déterminée pour jouer un personnage historique dans une production culturelle, par exemple un acteur noir pour jouer Martin Luther King au cinéma⁸⁶.

Un mécanisme similaire s'applique aux discriminations indirectes. Il faut, pour qu'une différence de traitement indirecte soit considérée comme justifiée, que « la disposition, le critère ou la pratique apparemment neutre qui est au fondement de cette distinction indirecte soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires »⁸⁷.

La loi, à son art. 10, prévoit par ailleurs, dans un autre registre, la possibilité de mesures d'action positive, à certaines conditions. De telles mesures, qui ont pour effet d'avantager une catégorie de population – et de désavantager une autre – afin de rétablir une égalité de fait dans la réalité sociale, peuvent être appliquées lorsqu'il existe une inégalité manifeste, que la disparition de cette inégalité est un objectif à promouvoir, et que la mesure d'action positive est de nature temporaire et disparaîtra lorsque l'objectif visé aura été atteint. Cette mesure doit de plus ne pas restreindre inutilement les droits d'autrui.

Enfin, une inégalité de traitement n'est pas non plus considérée comme discriminante « lorsque cette distinction directe ou indirecte est imposée par ou en vertu de la loi »⁸⁸.

1.4. Les mécanismes de protection et les mesures concrètes destinées à améliorer la lutte contre les discriminations

1.4.1. La diversité des mesures concrètes prévues par la loi

Afin de lutter contre les discriminations (non justifiées) fondées sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou encore l'origine nationale ou ethnique, la loi prévoit, au-delà de l'interdiction de discriminer, trois sortes de mesures concrètes destinées à renforcer la position des victimes d'une telle discrimination : des mesures de droit matériel ou procédural, appelées « dispositifs de protection », qui s'appliquent en matière civile et en matière administrative, des sanctions en matière pénale et, enfin, des mesures d'ordre institutionnel, c'est-à-dire visant la mise en place d'organes appelés à assister notamment les victimes à faire entendre et défendre leurs droits.

On reprendra ci-après ces diverses catégories de mesures, sous réserve des mesures d'ordre institutionnel, qui seront traitées dans le chapitre suivant (chapitre IV). On traitera donc ici des dispositifs de protection, à savoir le principe de la nullité des dispositions contraires à la loi, les actions judiciaires, l'aménagement de la charge de la preuve, l'interdiction des représailles, ainsi que la représentation en justice et le droit d'action collective.

1.4.2. Les « dispositifs de protection »

La loi prévoit donc, tout d'abord, diverses mesures de droit matériel ou de droit procédural qui s'appliquent en matière civile et en matière administrative, c'est-à-dire, pour ce qui nous occupe

⁸⁶ RINGELHEIM (2018), p. 58.

⁸⁷ Article 9 de la loi.

⁸⁸ Article 11.

ici, dans les relations de travail, qu'elles soient de droit privé ou de droit public. Sont prévues par la loi la nullité de toutes dispositions contraires à la législation anti-racisme, diverses actions judiciaires en constatation, en cessation et en indemnisation à disposition des victimes, ainsi que l'interdiction des repréailles. De plus, afin de faciliter la tâche des victimes de discrimination et de renforcer ainsi la lutte contre ces discriminations, la loi prévoit, pour les procédures judiciaires, un aménagement de la charge de la preuve ainsi que des dispositions spécifiques de représentation en justice par des organismes prévus à cet effet.

A. Nullité de toutes dispositions contraires à la législation « anti-racisme »

L'article 13 de la loi « anti-racisme » prévoit la nullité de toutes les « dispositions qui sont contraires à la présente loi, ainsi que les clauses contractuelles qui prévoient qu'un ou plusieurs contractants renonce par avance aux droits garantis par la présente loi ». Cette même loi définit, à son article 4, chiffre 3, les dispositions en question comme « les actes administratifs, les clauses figurant dans des conventions individuelles ou collectives et des règlements collectifs, ainsi que les clauses figurant dans des documents établis de manière unilatérale ». La nullité a donc un champ d'application vaste, étant invocable non seulement lorsque certaines clauses contractuelles sont contraires à la loi, ou lorsque les parties renoncent par avance à exercer les droits qui leur sont garantis par cette loi, mais également par exemple lorsque certaines dispositions d'une collection collective de travail sont contraires à cette loi. Cette clause de nullité s'applique également aux documents régissant les relations de travail, ainsi qu'aux documents établis de manière unilatérale, soit par exemple une lettre d'engagement⁸⁹. Il convient de noter que l'efficacité de ce dispositif de protection est réduite. En effet, comme le relève Patrick Wautelet, une telle protection ne trouve pas application « lorsque la discrimination se traduit par exemple par un refus de contracter », bien qu'elle puisse être efficace « lorsque la discrimination prend la forme de dispositions – contractuelles ou réglementaires »⁹⁰.

B. Actions en constatation, cessation et indemnisation.

La loi met à la disposition des victimes de discrimination diverses actions judiciaires, prévues au 2^{ème} chapitre de son Titre III. Les victimes de discrimination, l'organisation qui les représente en justice, ou encore les parquets, ont la possibilité d'intenter une action en constatation, en cessation et en indemnisation. Le juge peut dès lors « constater la discrimination et en ordonner la cessation, octroyer des dommages et intérêts forfaitaires pour préjudice matériel et/ou moral, ordonner la publication de la décision et même infliger éventuellement une astreinte »⁹¹. Si la discrimination continue suite à l'ordre de cessation, une condamnation pénale peut être envisagée selon l'article 26⁹² (sur la représentation en justice, voir ci-dessous, ch. III.1.4.2.D).

C. Aménagement de la charge de la preuve

Conformément à l'article 8 de la directive européenne 2000/43/CE, la loi prévoit, à son titre V, un mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve, dans l'idée de rendre moins difficile, pour la victime, la preuve de l'existence d'une discrimination. De manière générale, dans les affaires civiles, c'est en effet la partie qui allègue un fait qui supporte la charge de la preuve de ce fait.

⁸⁹ WAUTELET (2009), pp. 218-219.

⁹⁰ WAUTELET (2009), p. 219.

⁹¹ UNIA (2007), p. 25.

⁹² UNIA (2007), p. 29.

L'article 30 de la loi « anti-racisme » prévoit le renversement du fardeau de la preuve, ou un mécanisme de partage de la charge de la preuve⁹³. Selon ce mécanisme, lorsqu'une victime d'une discrimination invoque des faits qui laissent supposer l'existence d'une telle discrimination (ces faits sont cités à l'article 30), la charge de la preuve incombe à la partie adverse. En d'autres termes, la victime d'une discrimination doit amener des éléments permettant d'établir une présomption de discrimination au sens de la loi, tels que des e-mails, des témoignages, des coïncidences troublantes, une récurrence de traitement défavorable de certaines catégories de personnes, ou encore des statistiques au niveau de l'entreprise ou des statistiques générales. La charge de la preuve retombe alors sur l'autre partie, qui devra démontrer que la différence de traitement est étrangère à un critère protégé, et n'est donc pas discriminatoire.

Il convient de noter à cet égard que cet allègement de la charge de la preuve s'applique uniquement en matière civile, et non pas en matière pénale, domaine dans lequel la présomption d'innocence prévaut, l'intention discriminatoire devant alors être prouvée⁹⁴.

D. Représentation en justice

Afin d'assister des victimes de discrimination dans la défense de leurs droits, la loi prévoit divers mécanismes de représentation en justice. Ainsi, selon l'article 32 de la loi anti-racisme, une victime peut être représentée en justice par des organisations tendant à ce but : tel peut être le cas de « tout établissement d'utilité publique et toute association, jouissant de la personnalité juridique depuis au moins trois ans à la date des faits, et se proposant par ses statuts de défendre les droits de l'homme ou de combattre la discrimination », des « organisations représentatives des travailleurs et des employeurs », à certaines conditions, ainsi que des « organisations syndicales représentatives » de la fonction publique et des « organisations représentatives des travailleurs indépendants ». UNIA, l'Organisme de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations, peut également, aux termes de l'article 31, « ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la présente loi donnerait lieu ». La loi précise cependant que, tant pour UNIA que pour les groupements d'intérêts évoqués, lorsque « la victime de la discrimination est une personne physique ou une personne morale identifiée, l'action [...] ne sera recevable que s'ils prouvent qu'ils ont reçu l'accord de la victime ».

E. Interdiction des représailles.

L'article 15 de la loi prévoit également une protection spécifique de la victime suite au dépôt d'une plainte, afin d'éviter ou de limiter le risque de représailles. Suite au dépôt d'une plainte d'une personne qu'il emploie, l'employeur ne peut prendre de mesures préjudiciables à l'égard de cette personne. Sont comprises sous le terme de mesures préjudiciables une rupture des relations de travail ou une modification unilatérale des conditions de travail. Une personne employée ayant porté plainte pour discrimination ne pourra dès lors pas être licenciée pour cette raison et elle sera protégée si cela devait survenir. Elle pourra déposer une demande de réintégration à son poste, ou réclamer le paiement d'indemnités. Celles-ci s'élèvent soit à un montant forfaitaire équivalant à six mois de salaire brut, soit à la hauteur du préjudice réellement subi par la victime, pour autant que celle-ci puisse prouver ce préjudice et son ampleur.

⁹³ RINGELHEIM et VAN DER PLANCKE (2018), p. 140.

⁹⁴ UNIA (2007), p. 29.

1.4.3. Les sanctions pénales

Le volet pénal de la loi représente, on l'a dit, le volet traditionnel de la législation « anti-raciste » d'origine, datant de 1981, mais il a depuis été supplanté dans la pratique, à la suite des diverses révisions, par les autres aspects, plus récents, de la loi, et notamment par son volet civil et administratif.

La loi prévoit néanmoins toujours des dispositions pénales, à son titre IV. Elle précise à son article 19 que ce titre s'applique aux discriminations directes intentionnelles, aux discriminations indirectes intentionnelles et aux injonctions de discriminer, puis, finalement, au harcèlement, lorsque ces discriminations sont fondées sur un critère protégé. Les articles 25 et 26 de la loi sont pertinents pour ce qui relève du domaine des relations de travail. Selon ces dispositions, quiconque commet une discrimination fondée sur un des critères protégés dans le domaine des relations de travail peut être puni d'une peine privative de liberté allant d'un mois à un an, et d'une amende allant de cinquante à mille euros, ou de l'une de ces deux peines. Peuvent également être punies d'une peine privative de liberté d'un mois à un an et/ou d'une amende de cinquante à mille euros les personnes qui ne se conforment pas à un jugement rendu en vertu de l'article 18, c'est-à-dire un jugement sur une action en cessation.

2. Bref rappel de la situation en Suisse

La situation en ce qui concerne le contenu matériel de la législation en matière de lutte contre les discriminations, et notamment l'interdiction de discriminer et la définition des diverses formes de discriminations est évidemment assez différente en Suisse. Celle-ci ne connaît pas, on l'a vu (ch. II.2 ci-dessus), de réglementation générale, au niveau législatif, de lutte contre les discriminations, notamment raciales, que ce soit dans une loi générale ou des législations spéciales, qui vise toutes les formes et tous les motifs de discrimination, et l'ensemble des domaines de la vie sociale.

Dans un domaine toutefois, celui de la discrimination fondée sur le critère du sexe ou du genre, la loi existante, soit la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes, contient des dispositions à certains égards semblables à celles du droit belge, pour le domaine de l'emploi, privé comme public. Cette loi pose en effet une interdiction de discriminer (art. 3 LEg), qui vaut aussi bien pour les discriminations indirectes que directes (art. 3 al. 1^{er} LEg), et qui s'applique à toutes les étapes de la relation de travail, « notamment à l'embauche, à l'attribution des tâches, à l'aménagement des conditions de travail, à la rémunération, à la formation et à la formation continue, à la promotion et à la résiliation des rapports de travail » (art. 3 al. 2 LEg)⁹⁵.

La loi vise aussi le harcèlement sexuel, considéré comme une forme particulière de comportement discriminatoire, qu'elle définit comme « tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle » (art. 4 LEg)⁹⁶.

⁹⁵ On précisera toutefois qu'en ce qui concerne les sanctions « civiles » d'une éventuelle discrimination, les divers domaines évoqués ne sont pas tous traités de manière identique, le refus d'embauche, la résiliation et le harcèlement sexuel faisant notamment l'objet de règles spécifiques (voir à ce propos l'art. 5 LEg).

⁹⁶ Sur le harcèlement sexuel en droit du travail, et les liens entre l'art. 4 LEg et l'art. 328 du Code des obligations, cf. DUNAND, N 53-59 ad art. 328, dans : Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (2022), pp. 355-360.

Comme la législation belge, la loi sur l'égalité précise elle aussi que « les mesures appropriées visant à promouvoir dans les faits l'égalité entre femmes et hommes » – les mesures d'action positive – ne constituent pas une discrimination (art. 3 al. 3 LEg).

De même, en ce qui concerne ce qu'on appelle en Belgique les « dispositifs de protection », la loi fédérale sur l'égalité comporte elle aussi, en Suisse, des dispositions du même genre, à savoir différentes actions judiciaires, en constatation, en cessation et en indemnisation, mises à la disposition de la personne qui se prétend victime d'une discrimination, mais aussi, dans ce cadre, un aménagement – un renversement – du fardeau de la preuve⁹⁷, diverses possibilités de représentation en justice, ainsi qu'une interdiction de représailles.

A la différence du droit belge, toutefois, et dans la logique de l'absence de réglementation sur les discriminations en général, ces « dispositifs de protection » ne valent, en Suisse, que pour le domaine des l'égalité entre femmes et hommes et, donc, de la discrimination fondée sur le sexe ou le genre, dans le domaine couvert par la loi sur l'égalité, à savoir le domaine de l'emploi. Ils ne valent donc pas pour tous les autres motifs de discrimination – que le genre – et pour les autres domaines d'application – que l'emploi –, pour lesquels il n'y a donc pas d'aménagement du fardeau de la preuve, ni d'interdiction des représailles, par exemple.

Autre différence par rapport au droit belge, sur le plan de la technique législative, la loi suisse sur l'égalité ne définit pas, sous réserve du harcèlement sexuel, les notions de discrimination, ni directe, ni indirecte, laissant à la pratique et, en particulier, à la jurisprudence le soin de le faire. Elle ne connaît pas non plus les autres notions, connexes à celle de discrimination, qui sont prévues et définies dans la législation, ou reconnues par la pratique et la doctrine en Belgique, comme celles d'« injonction de discriminer », de « discrimination par association » ou encore de « discrimination fondée sur une caractéristique présumée ». De même, la notion de « harcèlement sexuel » au sens de la loi (suisse) sur l'égalité entre femmes et hommes, limité au critère du genre, ne correspond pas à celle de « harcèlement », ou « harcèlement discriminatoire », au sens du droit européen et du droit belge ou français.

Ce bref rappel de la situation en Suisse montre qu'au-delà des différences importantes quant à la stratégie législative en matière de lutte contre les discriminations de toutes sortes, qui ont déjà été mises en évidence plus haut (ch. II.2 ci-dessus), il existe aussi des différences dans la conception en quelque sorte légistique de la réglementation, notamment s'agissant de la définition des diverses formes possibles de discrimination, le droit suisse se contenant le plus souvent de laisser à la jurisprudence le soin de définir les notions du droit antidiscriminatoire là où le droit belge, dans la foulée des directives européennes et de leur exigence de transparence, donne des définitions relativement précises et d'un haut degré de densité normative de ces mêmes notions.

⁹⁷ On notera toutefois que l'allègement du fardeau de la preuve dans la LEg ne s'applique ni aux discriminations à l'embauche, ni au harcèlement sexuel. Dans les deux cas, il appartient en principe à la personne qui se prétend victime d'apporter la preuve de l'existence d'une discrimination. Toutefois, compte tenu de la difficulté d'apporter une telle preuve, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet un allègement *praeter legem*, en quelque sorte, dans ces deux domaines (discrimination à l'embauche et harcèlement sexuel), la personne pouvant se contenter d'établir des éléments fondant une vraisemblance prépondérante. Voir, pour un cas récent, confirmant cette jurisprudence, TF 8C_719/2021, du 4 octobre 2022.

3. Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes

3.1. A propos des définitions et de la notion de « harcèlement discriminatoire »

On ne reviendra pas ici sur la question de l'importance, mise en exergue par les expertes que nous avons rencontrées, des définitions, légales et relativement précises, des différents concepts clés de la lutte contre les discriminations, à commencer par les notions de discrimination, directe et indirecte. Nous pouvons à cet égard renvoyer à ce qui a déjà été dit plus haut à ce sujet (ch. II.3.2.).

Pour ce qui est du contenu de ces différents concepts clé, d'après les expertes rencontrées, la notion de « harcèlement discriminatoire », peu connue ou inconnue en Suisse, apparaît comme un concept prometteur. Ajouter le harcèlement discriminatoire comme une forme de discrimination peut être une manière efficace de prouver la discrimination. En Belgique et en France, le harcèlement discriminatoire fait partie, on l'a vu, des comportements interdits, au même titre que les discriminations directes et indirectes, même si les deux pays ne semblent pas attribuer tout-à-fait le même sens et le même contenu à cette notion.

L'article 1^{er} de la loi française du 27 mai 2008 définit le harcèlement discriminatoire comme « [t]out agissement lié [à l'un des motifs précités]⁹⁸ subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

Comme l'explique une experte particulièrement attachée à ce concept, l'avantage est qu'il suffit d'un acte unique pour qualifier le harcèlement discriminatoire, alors que le harcèlement consiste plutôt, en règle générale⁹⁹, en des agissements répétés, sur une certaine durée. Il permet aussi de contourner le problème des statistiques. Ainsi, il offre une appréciation plus large de la notion de harcèlement et permet d'appréhender des situations uniques, exclues de sa « notion classique ».

En outre, passer par ce biais permet de rendre visible la discrimination, en parlant de l'environnement de travail malsain. L'experte explique que les discriminations sont souvent liées à des cultures de métiers et des cultures d'entreprise. Un environnement hostile se crée et l'inaction même des communautés et collègues perpétue les discriminations (micro-agressions, etc.). Ajouter cette définition peut sensibiliser la population à l'importance d'évoluer dans un environnement de travail sain. De plus, cela permet – toujours selon cette experte – de toucher les discriminations systémiques et indirectes, vers lesquelles la lutte s'oriente de plus en plus aujourd'hui.

Ainsi qu'on l'a vu, toutefois, la notion de harcèlement telle qu'elle est définie par le droit belge ne semble pas correspondre à celle du droit français, en ce sens que, comme en droit suisse, elle exige la répétition, sur une certaine durée, des agissements hostiles ou néfastes (cf. ch. 1.1 et 1.3.1 ci-dessus).

⁹⁸ La loi interdit les discriminations fondées sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une prétendue race, la religion, les convictions, l'âge, le handicap, l'orientation sexuelle ou le sexe.

⁹⁹ Et c'est le cas aussi en Suisse, en droit du travail, où le harcèlement – ou harcèlement psychologique – est défini, par la jurisprudence du Tribunal fédéral, comme « un enchaînement de propos et/ou d'agissements hostiles, répétés fréquemment pendant une période assez longue, par lesquels un ou plusieurs individus cherchent à isoler, à marginaliser, voire à exclure une personne sur son lieu de travail » (arrêt du Tribunal fédéral non publié 2A.584/2002 du 25 janvier 2006, considérant 3.5.2.3). Sur le harcèlement psychologique (ou *mobbing*), cf. not. DUNAND, N 35-48 ad art. 328, dans : Jean-Philippe Dunand et Pascal Mahon (2022), pp. 345-353.

3.2. A propos des « dispositifs de protection », spécialement de l'aménagement de la charge de la preuve

Pour ce qui est des « dispositifs de protection », c'est-à-dire des mesures concrètes prévues par la législation « anti-racisme » afin de faciliter l'accès à la justice pour les victimes – et de renforcer ainsi la lutte contre les discriminations –, les expertes que nous avons rencontrées mettent toutes l'accent sur le mécanisme de l'aménagement du fardeau de la preuve.

Ce mécanisme apparaît en effet, à leurs yeux, comme une composante essentielle, qui a été décisive pour le développement de lois bien pensées en matière de discriminations raciales dans de nombreux pays. D'après les expertes, le droit ne peut être opérationnel sans ce mécanisme, surtout quand il s'agit de poursuivre des discriminations non intentionnelles et/ou indirectes.

L'aménagement de la charge de la preuve fonctionne comme suit : lorsqu'une personne qui s'estime être victime de discrimination invoque devant une autorité judiciaire des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe au défendeur ou à la défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination. Il suffit donc que la prétendue victime rende vraisemblable, par le biais d'indices, l'existence d'une discrimination, pour qu'il incombe à l'autre partie de prouver son absence.

Pour la Belgique par exemple, la législation connaît un aménagement en deux temps : dans un premier temps, la personne qui s'estime lésée établit la présomption de discrimination. Dans un second temps, la personne ou l'entreprise mise en cause doit prouver qu'elle n'a pas discriminé. La victime n'a donc pas à prouver complètement l'existence d'une discrimination, mais doit apporter des indices sérieux d'une présomption de discrimination. Ces indices peuvent par exemple être des e-mails, des témoignages et déclarations devant témoins, des coïncidences troublantes, une chronologie de la situation (plusieurs événements suspects qui se déroulent à la suite), des déclarations publiques dans les médias, une récurrence de traitement défavorable de certaines catégories de personnes, des statistiques au niveau de l'entreprise ou des statistiques générales au niveau national par exemple. Comme indiqué, la Suisse connaît, mais seulement pour la discrimination fondée sur le sexe ou le genre, un processus similaire, consacré à l'art. 6 de la loi sur l'égalité (LEg)¹⁰⁰.

L'importance de ce mécanisme d'aménagement ou d'allègement du fardeau de la preuve s'explique par le fait qu'en matière de discrimination dans le domaine de l'emploi, les moyens de preuve sont concentrés en mains de la partie employeuse. Tel est le cas, par exemple, des statistiques d'entreprises – qui permettraient d'étayer l'existence de discriminations envers certains groupes ethniques, sur la base notamment des patronymes. Cela crée un déséquilibre important entre les parties. De plus, il s'agit souvent de situations de parole contre parole, dans lesquelles il est particulièrement difficile pour une victime de se faire entendre. Ces inégalités engendrent des difficultés notoires pour prouver certains faits. Les directives européennes en la matière requièrent ainsi le renversement du fardeau de la preuve comme mesure allégeant la charge de la victime au niveau judiciaire, laquelle n'a au surplus souvent pas les moyens de rivaliser contre l'arsenal juridique de grandes entreprises.

Une spécialiste explique ainsi que la victime peut déjà obtenir une présomption de discrimination en montrant l'existence d'une différence de traitement sur la base de panels de comparaison¹⁰¹,

¹⁰⁰ Voir le ch. 2 ci-dessus, dans le texte.

¹⁰¹ La technique du panel de comparaison utilise parfois le patronyme dans le domaine des discriminations en raison d'une prétendue race ou de l'origine. Cette méthode consiste à comparer la façon dont sont traitées une personne ayant un nom à consonnance étrangère et une autre ayant un nom considéré comme typiquement local.

par exemple. S'il n'y a pas de statistiques ethno-raciales, c'est à la partie employeuse de donner une justification. Comme le souligne une de nos expertes, la victime supporte le « *burden of persuasion* »¹⁰². Ce mécanisme permet de soutenir la légitimité d'une approche fondée sur des indices et de rééquilibrer l'écart structurel entre les deux parties, mais suppose la disponibilité de données empiriques permettant de rendre crédibles des enjeux de discrimination souvent contestés ou simplement ignorés.

Ainsi, pour toutes les expertes rencontrées, l'aménagement de la charge de la preuve est un élément indispensable de tout dispositif permettant de faire face aux formes courantes de discrimination raciale en matière d'emploi. Celles-ci semblent en effet rarement assumées ou intentionnelles, comme celles généralement sanctionnées par la loi pénale.

3.3. A propos des sanctions

Les expertes soulignent, en accord avec la directive européenne 2000/43, qu'il est nécessaire que la loi prévoie des sanctions. Celles-ci doivent être « *effectives, dissuasives et proportionnelles* ». Pourtant, d'après les expertes, tel n'est aujourd'hui pas le cas. L'une d'elle prend l'exemple du Royaume-Uni, où les sanctions sont importantes. Elle explique qu'à partir du moment où les employeuses et les employeurs savent qu'ils vont devoir payer deux à trois ans de salaire à une employée ou un employé victime de discrimination, ils seront bien plus attentifs. Dans certains pays européens, les victimes n'ont droit, au maximum, qu'à un montant équivalant à un SMIC, un salaire minimum, ce qui n'est pas dissuasif.

De plus, bien que les législations française et belge prévoient plusieurs mécanismes de protection des victimes, ceux-ci se concentrent particulièrement sur l'aspect réactif, c'est-à-dire sur une prise en charge de la victime et éventuellement un dédommagement. La loi laisse de côté l'aspect préventif, qui pourrait se traduire notamment par une politique de bien-être au travail¹⁰³.

¹⁰² MERCAT-BRUNS (2016), pp. 61-62.

¹⁰³ Selon Manon Asselbourg, Unia, entretien du 05.07.2022.

IV. LE VOLET INSTITUTIONNEL ET LA DIMENSION PÉDAGOGIQUE DE LA LÉGISLATION ANTI-RACISME

1. Le volet institutionnel de la loi « anti-racisme »

1.1. Les diverses mesures d'ordre institutionnel prévues par la loi « anti-racisme »

La loi belge tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, la loi anti-racisme, se distingue par un important volet institutionnel. On entend par là le fait qu'elle ne se contente pas de prévoir des dispositions de droit matériel et de procédure qui sont destinées à interdire les discriminations de toutes sortes et à fournir aux victimes de telles discriminations différents moyens de droit pour se défendre, mais qu'elle met parallèlement en place – ou met en œuvre – toute une série d'organismes appelés à assister lesdites victimes et, plus généralement à assumer un rôle actif dans la promotion de l'égalité et dans la lutte contre les discriminations,

Ces organismes qui participent activement à la mise en œuvre du dispositif législatif belge de lutte contre les discriminations sont principalement l'Auditorat du travail, l'inspection du travail et UNIA, l'Organisme belge de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations.

1.2. L'auditorat du travail

L'auditorat du travail est, en Belgique, le « ministère public » ou le « parquet » spécifique des tribunaux du travail. Il assume les missions du ministère public pour toutes les matières qui relèvent de la compétence des tribunaux du travail. Dans les litiges examinés par ces tribunaux, l'auditorat du travail est, selon les cas, obligé d'intervenir ou non, et il donne des avis sur les litiges. La Belgique connaît, de ce point de vue, neuf régions possédant chacune un auditorat du travail.

De manière générale, l'auditorat est tenu d'intervenir lorsque les droits des citoyennes et citoyens en matière de sécurité sociale et d'aide sociale sont en jeu ; lorsqu'il y a infraction aux lois pénales sociales, l'auditorat du travail agit contre le contrevenant en qualité de ministère public, et il le fait, dans ce cas, devant le tribunal correctionnel.

Pour ce qui nous occupe ici, une circulaire adoptée le 17 juin 2013 par le Collège des procureurs généraux de Belgique, la *Circulaire relative à la politique de recherche et de poursuite en matière de discriminations et de délits de haine*, communément appelée la Circulaire COL 13/2013¹⁰⁴, a entre autres¹⁰⁵ pour objet de régler la compétence de l'auditeur du travail. Celui-ci doit, notamment, rendre « un avis dans les dossiers 'discrimination et délits de haine' qui sont introduits dans le cadre de la procédure civile », et « informer le procureur général de toutes les difficultés qui surviennent lors de l'application des directives de politique criminelle », ainsi que lui faire des propositions utiles¹⁰⁶. L'auditeur du travail joue également un rôle de sensibilisation.

¹⁰⁴ Pour le texte de cette Circulaire, <https://www.police.be/villagepolicier/sites/politiedorp/files/downloads/COL13-17062013.pdf> (consulté pour la dernière fois le 4 novembre 2022).

¹⁰⁵ La Circulaire COL 13/2013 invite par exemple chaque zone de police du pays à désigner une policière ou un policier de référence pour le domaine des discriminations et délits de haine.

¹⁰⁶ Circulaire COL 13/2013, p. 9.

Une fonction importante de l'auditorat du travail consiste en l'exercice de « l'action publique devant le Tribunal correctionnel en cas de discrimination [...] intentionnelle dans le cadre des relations de travail »¹⁰⁷. L'auditorat peut également tenter une action en cessation (cf. infra), et ceci peu importe que la partie adverse ait agi avec intention ou non. Ici, ce qui importe, c'est le risque de répétition, et/ou la réparation du dommage, et non pas l'intention discriminatoire¹⁰⁸.

La Circulaire COL 13/2013 règle également la compétence du magistrat de référence auprès de l'auditorat du travail. Ce magistrat, qui est désigné par l'auditeur du travail et a pour tâche de l'assister¹⁰⁹, est compétent pour l'enregistrement et l'identification des délits de haine et il assure la coordination de tels dossiers, lorsqu'il n'examine pas lui-même ces dossiers¹¹⁰, avec la police, mais aussi les autres acteurs institutionnels, comme UNIA, par exemple.

1.3. L'inspection du travail

Les services publics fédéraux et régionaux de l'inspection du travail – organes administratifs – jouent eux aussi un rôle important de contrôle en matière de discriminations. Leur compétence ou leur action est double : ces services doivent procéder à des contrôles du respect de la législation d'une part (dits contrôles d'initiative) et, d'autre part, ils leur appartient examiner les plaintes dénonçant des discriminations¹¹¹.

Les services de l'inspection du travail bénéficient d'un large éventail de pouvoirs leur permettant de constater les discriminations. Ils recueillent des preuves à charge comme à décharge sur le lieu de travail. Ils jouissent d'un pouvoir d'appréciation dans le cadre de leurs contrôles d'initiative, « sur lequel ils peuvent se baser pour fournir des renseignements et des conseils, donner des avertissements, accorder au contrevenant un délai pour se mettre en règle ou établir un procès-verbal constatant une infraction à la législation antidiscrimination »¹¹². Ils disposent donc d'une large marge d'action¹¹³, qui s'étend au-delà de celle de la police. Ils peuvent en effet se rendre sur le lieu de travail sans autorisation de l'employeur et y mener une enquête, entendre des témoins, accéder à des documents, etc. Ils ont également la faculté de dresser un procès-verbal s'ils constatent une discrimination raciste intentionnelle. S'ils ne constatent aucune discrimination, ils peuvent établir un rapport d'enquête administratif, qui pourra par la suite éventuellement jouer un rôle s'il fait état d'indices, sans toutefois constituer une preuve formelle. Un tel rapport administratif pourra par exemple servir à la juridiction appelée à statuer sur une plainte qui viendrait à être déposée par la suite¹¹⁴.

Malgré ces pouvoirs de contrôle et d'enquête relativement importants, les discriminations dans le domaine du travail restent difficiles à prouver du fait de la grande marge d'appréciation laissée à l'employeur à l'embauche. Souvent, malgré les contrôles réalisés auprès de l'employeur, et même après un signalement auprès d'Unia ou auprès de l'inspection du travail, les victimes ne disposent pas d'éléments de preuves suffisants. Ces contrôles sont dès lors critiqués, car ils nécessitent

¹⁰⁷ UNIA (2007), p. 31.

¹⁰⁸ UNIA (2007), p. 31.

¹⁰⁹ Circulaire COL 13/2013, p. 9.

¹¹⁰ UNIA (2007), p. 31.

¹¹¹ UNIA (2007), p. 52.

¹¹² UNIA (2007), p. 52.

¹¹³ UNIA (2007), p. 52.

¹¹⁴ ENAR (2014), p. 25.

beaucoup de temps et d'énergie et sont contraignants pour les employeuses et les employeurs qui en font l'objet¹¹⁵.

1.4. L'Organisme de promotion de l'égalité, UNIA

La Directive européenne 2000/43/CE, à son article 13, ainsi que la Directive 2004/113/CE, à son article 12, encouragent toutes deux les États membres à mettre en place « un ou plusieurs organismes chargés de promouvoir l'égalité de traitement entre toutes les personnes sans discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique »¹¹⁶. La Directive 2000/43/CE exige que cet organisme soit doté de certaines compétences, qu'il constitue une aide indépendante pour les victimes de discrimination pour engager une procédure judiciaire, et qu'il ait la compétence de conduire des études indépendantes concernant les discriminations, allant de la publication de rapports à l'émission de recommandations sur toutes les questions liées aux discriminations¹¹⁷.

En Belgique, le rôle de cet organisme de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations a été confié à UNIA, centre de compétence qui avait été créé avant l'adoption des lois de 2007, soit en 1993, par la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme¹¹⁸. UNIA est une institution publique indépendante, interfédérale, dont la mission est désormais fixée dans un Accord de coopération entre l'État fédéral, les Régions et les Communautés, du 12 juin 2013¹¹⁹. UNIA est également l'organe chargé de la promotion, de la protection et du suivi de l'application de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées et est reconnue comme Institution nationale de protection des droits humains (INDH de statut B)¹²⁰.

La compétence d'UNIA s'étend à l'ensemble des motifs visés par la loi anti-discrimination, à l'exception de la langue¹²¹. Le rôle que le centre joue dans la lutte contre les discriminations est donc, conformément aux Directives européennes, multiple. L'organisme a tout d'abord un rôle préventif et une mission de formation. Il fait état de la situation dans la pratique, notant ainsi les discriminations, en publiant des études et effectuant des recherches dans ce domaine, ainsi qu'en formulant des avis et recommandations aux autorités compétentes. Il a également un rôle de sensibilisation et d'éducation, par le biais de campagnes d'informations et de formations visant tant le grand public que les actrices et acteurs de la lutte contre les discriminations¹²², tels que les magistrats, la police et les inspections du travail. En deuxième lieu, UNIA a aussi une compétence directe de soutien aux victimes de discriminations. En effet, l'Accord de coopération du 12 juin 2013, qui règle les compétences d'UNIA, dote le centre, à son article 6, par. 3, de la compétence d'ester en justice

¹¹⁵ UNIA (2007), p. 53.

¹¹⁶ Directive 2000/43, art. 13.

¹¹⁷ Directive 2000/43, art. 13 para. 2.

¹¹⁸ M.B., 19 février 1993.

¹¹⁹ Pour le texte de cet Accord, https://www.unia.be/files/Documenten/Wetgeving/11_april_2014_1.pdf (consulté pour la dernière fois le 4 novembre 2022).

¹²⁰ Il existe en Belgique une autre « Institution nationale des droits humains », l'Institut fédéral des Droits Humains (IFDH), institution publique indépendante, créée et financée par la Chambre des représentants, instituée par la loi du 12 mai 2019 portant création d'un Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains, afin de doter la Belgique d'un Institut national des droits humains (INDH) chargé de veiller au respect et à l'application des normes internationales en matière de droits humains, conformément aux Principes de Paris. Pour le texte de la loi, <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/05/12/2019012931/justel> (consulté pour la dernière fois le 4 novembre 2022).

¹²¹ Commission d'évaluation de la législation fédérale relative à la lutte contre les discriminations, p. 53.

¹²² ERNOUX et WAUTELET (2018), p. 30.

lorsqu'il y a un soupçon de discrimination tombant dans le cadre de ses compétences. De plus, selon le paragraphe 2 de ce même article, UNIA « est habilité à recevoir des signalements, à les traiter et à accomplir toute mission de conciliation ou de médiation qu'il juge utile, ceci sans préjudice de la compétence des services de médiation dont la compétence est définie par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance et sans préjudice de la compétence des médiateurs désignés par les parties concernées ». UNIA joue donc un rôle fondamental dans l'application de la législation en matière de lutte contre les discriminations, d'un point de vue tant théorique que pratique.

2. Bref rappel de la situation en Suisse

La loi sur l'égalité entre femmes et hommes a créé le Bureau fédéral de l'égalité. Celui-ci veille à la « réalisation de l'égalité entre les sexes »¹²³. Pour ce faire, il assume principalement des tâches d'information et de conseil des particuliers et des autorités. Il rédige également des « recommandations à l'intention des autorités et des particuliers »¹²⁴. Cette autorité ne possède cependant pas de compétence d'enquête et ne peut représenter des victimes en justice. La révision récente de la LEg n'a d'ailleurs pas étendu les pouvoirs, notamment de contrôle, du Bureau fédéral, bien qu'elle ait notamment eu pour objet de contribuer à meilleure réalisation de l'égalité salariale, tâche qui aurait pu être assumée par cet office¹²⁵.

Il faut ajouter aussi le Bureau – également fédéral – de l'égalité pour les personnes handicapées, dont l'institution est prévue par la loi fédérale du même nom, et qui est rattaché au Secrétariat général du Département de l'intérieur, mais dont les compétences ne sont pas plus importantes que celle du Bureau fédéral de l'égalité¹²⁶.

Outre ces Bureaux, qui font partie de l'administration fédérale, la Suisse possède depuis 2011 un Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), projet pilote en vue de la création d'une future Institution nationale des droits humains (INDH). Ce nouvel organisme, institué en 2021 par le législateur fédéral¹²⁷, et dont la mise en place devrait être effective mi-2023, ne correspond cependant pas tout à fait au modèle français ou belge. En effet, il ne s'apparente pas à un organisme de promotion de l'égalité, au sens des directives européennes, puisqu'il ne reçoit pas de dénonciations ou de requêtes individuelles pour lesquelles il aurait un pouvoir d'enquête. Il n'assume « aucune tâche relevant de l'administration » et n'a pas non plus pour vocation d'enregistrer des plaintes individuelles ou d'exercer une quelconque fonction de surveillance ou de médiation¹²⁸.

La Suisse ne possède ainsi pas d'organisme indépendant de promotion de l'égalité ou de lutte contre les discriminations autre que le Bureau fédéral de l'égalité, dont le champ d'action est limité

¹²³ Art. 16 al. 1^{er} LEg.

¹²⁴ Art. 16 al. 2, let. b, LEg.

¹²⁵ Voir les nouveaux articles 13a à 13i LEg, introduits par la révision du 14 décembre 2018, et en vigueur du 1^{er} juillet 2020 au 30 juin 2032, qui ont instauré pour certaines entreprises (celles occupant au moins 100 travailleuses et travailleurs) une obligation d'effectuer en principe régulièrement une analyse de l'égalité salariale, sans toutefois que cette obligation ne soit assortie d'un véritable contrôle et de sanctions en cas d'inobservation.

¹²⁶ Loi fédérale sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand), déjà citée (note 47), art. 19.

¹²⁷ Par une révision, en date du 1^{er} octobre 2021, de la *Loi fédérale* du 19 décembre 2003 *sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme*, modification dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2023 (voir les nouveaux articles 10a à 10c de cette loi, RS 193.9 et RO 2022 317).

¹²⁸ Sur les tâches de la future INDH, voir l'art. 10b de la loi évoquée.

aux questions de genre et qui lui-même n'assume pas toutes les tâches qui incombent, dans les États membres de l'Union européenne, aux *Equality Bodies*.

On peut ainsi constater que le contraste avec le dispositif législatif belge est important aussi, et surtout, en ce qui concerne la dimension institutionnelle du dispositif de lutte contre les discriminations.

3. Les enseignements tirés des entretiens avec les expertes

3.1. A propos du volet institutionnel en général et des contrôles administratifs

D'une manière générale, toutes les expertes rencontrées soulignent l'importance du volet institutionnel et de la dimension pédagogique de la réglementation de lutte contre les discriminations¹²⁹. Selon elles, les lois constituent des conditions indispensables mais non suffisantes d'une mise en œuvre efficace, qui nécessite des organismes permettant de l'accompagner. Même si la Suisse n'est pas concernée par cette norme, on l'a vu, l'expérience européenne plaide en faveur de la mise en place d'un organisme – ou de diverses institutions – en vue d'assurer l'efficacité de la future législation.

La seule offre d'actions judiciaires « civiles » ne suffit pas à garantir aux victimes un véritable accès à la justice. Comme le relèvent les expertes, un problème propre à la Belgique (mais qui peut également s'avérer pertinent pour la Suisse) est que l'accès à la justice peut se révéler compliqué pour les personnes socio-économiquement vulnérables, et particulièrement lorsqu'il s'agit de discriminations fondées sur des motifs « raciaux »¹³⁰. Les spécialistes rencontrées soulignent ainsi que l'idée d'instaurer des contrôles administratifs et des sanctions (civiles) effectives et dissuasives apparaît alors comme d'autant plus importante que cela permet de réduire le déséquilibre structurel existant entre victime et entreprise employeuse. En effet, il peut être compliqué et décourageant pour une victime de devoir payer des sommes importantes pour engager une procédure, si elle ne peut en tous les cas récupérer, en contrepartie, qu'une indemnisation correspondant à un salaire minimum et qu'elle n'est, au surplus, pas protégée contre d'éventuelles mesures de représailles.

3.2. A propos de l'organisme de lutte contre les discriminations

Comme déjà mentionné précédemment, notamment en raison des définitions vagues, les divers États membres de l'Union européenne ont transposé de façon très variable les Directives européennes en ce qui concerne le volet institutionnel. Certains organismes ont un rôle et des compétences « quasi judiciaires », alors que d'autres sont plutôt axés sur la prévention. Dans le discours des spécialistes interviewées, un point semble immuable : l'organisme mis en place doit avoir des pouvoirs d'enquête. Ainsi, il peut accéder aux moyens de la comparaison. Le Défenseur des droits, en France, ou UNIA, son équivalent belge, peuvent par exemple faire des visites inopinées dans les entreprises et dans l'administration. Ils peuvent ainsi adresser des réclamations auxquelles les entreprises doivent obligatoirement répondre.

¹²⁹ Sur l'importance de ce volet institutionnel et de la dimension pédagogique, de formation et d'information, cf. aussi COMMISSION EUROPÉENNE (2021), pp. 13-15 et 15-17, ainsi que 29.

¹³⁰ UNIA (2007), p. 60.

Une experte travaillant pour UNIA, l'organisme belge, nous apprend que seulement un à deux pourcents des dossiers reçus par cet organisme sont amenés en justice. Le reste se règle à l'amiable. L'organisme, respecté et renommé, a le pouvoir d'interpeller l'employeuse ou l'employeur, qui s'engage à faire disparaître la discrimination. Cela peut se faire par exemple en suivant une formation donnée par l'organisme de promotion de l'égalité. En effet, ces organismes sont généralement habilités à dispenser ce type de formations, qui doivent permettre d'éliminer le préjudice au sein de l'entreprise.

Si un accord n'a pas été atteint entre les deux parties, les organismes de promotion de l'égalité peuvent porter eux-mêmes un dossier devant les juridictions. Ils soutiennent alors la victime, en la conseillant par exemple sur ses droits et en l'aidant à réunir les indices de preuve qu'elle peut amener. Leur rôle apparaît ainsi comme essentiel car il permet de palier à la difficulté de preuve et de rééquilibrer le rapport de force entre victime et partie défenderesse.

Concernant la mise en place d'un tel organisme, une des expertes a détaillé l'exemple français. La France a ainsi choisi de concentrer la compétence, sur tous les critères de discrimination interdits pas la loi et sur tous les sujets visés par un texte de droit international, en mains d'un seul organisme, appelé au départ la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (HALDE). Par la suite, le Gouvernement français a décidé de fusionner quatre organismes dont la HALDE, qui avaient des compétences en matière de droits fondamentaux¹³¹, dans une seule organisation, qui se concentre sur les recours des personnes, le Défenseur des droits. Institution indépendante de l'État, créée en 2011 et inscrite dans la Constitution¹³², le Défenseur des droits, qui occupe environ 250 personnes, s'est vu confier deux missions : défendre les personnes dont les droits ne sont pas respectés et permettre l'égalité de toutes et tous dans l'accès aux droits. Il est l'organisme français de promotion de l'égalité. Il se distingue de l'institut national des droits humains (INDH) français, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), qui ne reçoit pas de recours individuels. Les compétences du Défenseur des droits sont celles prévues par la Directive européenne (chap. 13, art. 2), à savoir qu'il doit « apporter une aide indépendante aux victimes pour engager une procédure pour discrimination, conduire des études indépendantes et publier des rapports indépendants, puis émettre des recommandations ».

Plus généralement, les spécialistes consultées rappellent de manière unanime que sans accompagnement, le fait d'adopter une loi n'est pas transformateur¹³³. Une nouvelle loi doit être accompagnée d'une politique publique forte, avec des pouvoirs d'enquête qui puissent soutenir les victimes de discrimination qui n'ont presque aucune chance sans une telle aide et sans aménagement de la charge de la preuve. Les spécialistes entendues s'accordent sur le fait qu'il s'agit là de deux

¹³¹ Il s'agissait du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la HALDE et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS).

¹³² Le Défenseur des droits a été institué par la *loi constitutionnelle n° 2008-724* du 23 juillet 2008 *de modernisation des institutions de la Ve République portant création d'un Défenseur des droits dans l'article 71-1 de la Constitution*, complétée par la *loi organique n° 2011-333* du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*, et la *loi n° 2011-334* du 29 mars 2011 *relative au Défenseur des droits*. Sur celui-ci, et pour le texte de ces lois, voir <https://defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur> (consulté pour la dernière fois le 4 novembre 2022).

¹³³ Dans ce sens aussi, COMMISSION EUROPÉENNE (2021), p. 16, qui juge que les organismes de promotion de l'égalité et de lutte contre la discrimination se sont, malgré des différences de mise en œuvre nationale, « avérés essentiels » et « cruciaux » pour permettre l'application du droit antidiscriminatoire.

éléments particulièrement importants et complémentaires pour lutter contre les discriminations raciales et, sans doute, d'autres motifs de discrimination : la mise en place d'un organisme de promotion de l'égalité avec des possibilités d'enquête et l'aménagement de la charge de la preuve¹³⁴.

3.3. La formation des juges et les autres aspects pédagogiques de la mise en oeuvre de la législation

Un autre aspect pédagogique important du droit anti-discrimination concerne la formation du judiciaire et des professions juridiques. Bien que le recul permette d'affirmer que l'apparition des directives européennes a représenté une avancée majeure dans la façon dont les juges perçoivent la discrimination, notamment parce qu'elles l'ont rendue visible, une spécialiste interviewée explique qu'à l'arrivée des directives européennes, les professionnelles et professionnels du droit et de la justice ont fait face à certaines difficultés liées à un manque de formation et d'information.

En effet, les concepts tels que la discrimination indirecte, les discriminations multiples, ou encore intersectionnelles – qui concernent souvent des préjugés inconscients – sont mal connus des professionnelles et professionnels du droit. Les expertes rencontrées affirment que les juges restent aujourd'hui souvent trop peu compétent·e·s dans ce domaine, malgré les progrès réalisés depuis 20 ans. Elles soulignent en outre une certaine défiance du monde juridique, surtout en France, qui reste très attaché au concept d'égalité formelle et peu enclin à travailler sur des critères spécifiques¹³⁵. Une spécialiste française explique que certains juges, en France, ne connaissent pas forcément la distinction entre racialisation et racisation¹³⁶, et pensent qu'en reconnaissant la discrimination raciale, ils rédigent un arrêt raciste. C'est dans ce contexte que plusieurs pays – dont la Suisse¹³⁷ – ont débattu de l'opportunité de rayer la notion de « race » de la législation, pour ne pas consolider le racisme. Les opposants à cette posture, nettement majoritaires parmi les spécialistes du domaine, font valoir que la suppression du terme serait un oubli de l'histoire et que le concept n'était pas une condition préalable mais bien le résultat du racisme, qui continue à imprégner la société. Les juges et les autres professionnelles et professionnels du droit, n'étant pas forcément familiers de ces enjeux très complexes et controversés, doivent donc pouvoir être mieux (in)formés pour dépasser ces réticences que l'interlocutrice qualifie de conception « d'une autre époque »¹³⁸.

Plus globalement, les expertes soulignent un grand besoin général de formation à la thématique. Les recruteuses et recruteurs doivent être formés, tout comme les victimes, qui ne se rendent parfois pas compte du préjudice qu'elles ou ils font subir ou subissent et internalisent la discrimination.

¹³⁴ Sur l'importance de ce volet institutionnel et de la dimension pédagogique, de formation et d'information, cf. aussi COMMISSION EUROPÉENNE (2021), pp. 13-15 et 15-17, ainsi que 29.

¹³⁵ Sur cette « réserve », ou « une certaine incompréhension », de professionnelles et professionnels de la justice, cf. not. MERCAT-BRUNS et PERELMAN (2016), pp. 4-7.

¹³⁶ Ce terme désigne un mécanisme par lequel des groupes de personnes sont rendus « autres » et classés à un échelon hiérarchique inférieur en fonction de caractéristiques qui leur sont attribuées par autrui (apparence, origine, nationalité, etc.). Dans les publications scientifiques, le terme de racialisation est utilisé comme catégorie analytique qui se distingue de la racisation dévalorisante représentant un mécanisme d'assignation par autrui. Cf. MAZOUZ (2020).

¹³⁷ MAHON, GRAF ET STEFFANINI (2019).

¹³⁸ Sur l'importance de l'information et de la formation, notamment des juges et autres professionnelles et professionnels du droit et de la justice, cf. COMMISSION EUROPÉENNE (2021), pp. 13-14, ainsi que 29.

V. SYNTHÈSE

La majorité des discriminations raciales dénoncées se concentre dans le monde du travail. Les minorités raciales font face, dans ce domaine, à des discriminations systématiques et systémiques, que ce soit en ce qui concerne l'accès à l'emploi ou les promotions, mais également les conditions de travail et les rapports au sein de la communauté de travail. Cela porte atteinte à l'égalité des chances, affectant ainsi d'autres domaines de la vie des personnes directement concernées, mais également la vie communautaire en général. Ces discriminations ne sont généralement pas intentionnelles mais plutôt systémiques ou structurelles. C'est-à-dire qu'elles s'inscrivent dans un contexte de mécanismes discriminatoires inscrits dans des processus institutionnels, ou sont alimentées par des schémas de pensée inconscients¹³⁹.

La Suisse manque d'outils juridiques pour lutter contre ces formes de discriminations et doit donc améliorer son dispositif légal. Pour ce faire, l'étude met en lumière divers éléments qui doivent être pris en compte dans le cadre de ces améliorations.

En ce qui concerne la *stratégie législative*, il ressort de notre étude qu'avant de proposer une nouvelle législation contre les discriminations, la question des options législatives doit être abordée. Faut-il préférer une seule loi, générale, rassemblant dans un texte unique toutes les dispositions de lutte contre la discrimination sous toutes ses formes, et pour tous les motifs imaginables (sexe ou genre, race et origine ethnique, religion et convictions, handicap, etc.), ou faut-il au contraire ancrer plutôt les dispositions pertinentes dans différentes lois spéciales, permettant de régler de manière spécifique – et éventuellement différenciée – les diverses formes et les divers motifs de discriminations, dans des textes législatifs propres aux domaines politiques considérés, plus proches des praticiennes et praticiens des sphères de vie en question ? Les pratiques des ordres juridiques nationaux et les avis des expertes ne sont à cet égard pas unanimes.

Le système introduit en France en 2008, d'une loi cadre de transposition, qui constitue en quelque sorte une sorte de loi « partie générale » des dispositions existantes et éparpillées dans différentes lois spécifiques, thématiques, peut à cet égard représenter une forme de compromis, permettant peut-être de trouver, ce qui est fondamental en matière de lutte contre les discriminations, le bon équilibre législatif entre pédagogie et définitions claires, d'un côté, et pragmatisme d'une législation proche de la pratique et du terrain, de l'autre, de manière à interdire explicitement et efficacement la discrimination, notamment raciale, en matière d'emploi.

Toutefois, que le législateur opte pour une seule loi-cadre, générale, ou qu'il préfère développer la lutte contre les discriminations dans plusieurs lois selon des domaines de mise en œuvre différents, ou selon les divers motifs de discrimination, ne nous semble pas être l'enjeu principal.

Il paraît en revanche primordial que les approches soient cohérentes dans les grandes lignes, ce qui renvoie à un autre élément à prendre en compte, tout aussi incontournable que le choix de l'instrument légal, celui de la *rédaction* et de la *technique législatives*. Il ressort en effet aussi de notre étude, et en particulier des entretiens, qu'un document lisible – mais aussi utile et opérationnel, ou « opérationnalisable » – pour l'ensemble des actrices et acteurs doit nécessairement comporter des définitions claires, à la fois des critères prohibés, des (groupes de) personnes susceptibles d'être affectées et des mesures à mettre en place, mais aussi des secteurs de vie, ou des domaines politiques ou thématiques dans lesquels l'interdiction de discrimination s'applique. Il

¹³⁹ MUGGLIN et al. (2022).

s'agit notamment de s'entendre sur une définition, claire et accessible, de la discrimination, notamment de la discrimination raciale, de ses motifs et des différentes formes qu'elle peut prendre. Cette clarification est indispensable pour éviter des interprétations divergentes selon les champs d'application, mais elle est aussi capitale pour la formation des actrices et acteurs professionnels et afin de favoriser un débat public plus large. Les expertes soulignent unanimement ce point, d'autant plus central que la discrimination raciale reste un domaine peu connu, faisant référence à nombre d'idées préconçues. Ainsi, en d'autres termes, une éventuelle réglementation destinée à améliorer la lutte contre la discrimination, en particulier raciale, en matière d'emploi, doit sans doute prendre en compte cette exigence de densité et de précision normative, ne serait-ce que pour des motifs de clarté et de lisibilité de la législation.

Pour ce qui est du *contenu de la législation anti-discrimination ou anti-racisme*, il y a lieu de retenir qu'avoir seulement un volet pénal n'est pas suffisant, puisque cela ne permet de lutter que contre les formes directes, explicites et manifestes, de discrimination. La loi doit donc également prévoir des volets civil et administratif pour pouvoir efficacement lutter contre d'autres formes de discrimination, c'est-à-dire les discriminations indirectes et/ou systémiques. A cet égard, les sanctions civiles doivent être efficaces et dissuasives.

D'autres enseignements tirés de l'expérience du dispositif législatif belge et des entretiens avec les expertes consultées doivent à notre sens être retenus comme des éléments à prendre en considération en vue d'améliorer le système de lutte contre les discriminations, notamment raciales.

Tout d'abord, le *renversement* ou *l'allègement de la charge de la preuve* constitue un mécanisme qui est essentiel pour rééquilibrer les rapports de pouvoir entre employeuse ou employeur et employée ou employé. En effet, dans le domaine de l'emploi, la victime se trouve généralement confrontée à une situation dans laquelle est en cause sa parole contre celle de ses supérieures et/ou supérieurs hiérarchiques. Même malgré ce mécanisme, il reste compliqué, selon l'expérience des expertes interviewées, de prouver les discriminations, particulièrement en raison de la relation hiérarchique. Il est dès lors utile de prévoir en outre un accès aux statistiques (ethniques, migratoires, etc.) pour faciliter la preuve ou l'établissement d'une présomption de discrimination.

Ensuite, le *harcèlement discriminatoire*, selon le modèle français, représente également une source d'inspiration intéressante pour le législateur suisse, du fait que l'élément de répétition, sur une certaine durée, des agissements hostiles ou néfastes n'est pas nécessaire, ce qui permet donc d'appréhender des actes discriminatoires uniques. Ce concept permet également de mettre en lumière un environnement de travail malsain ou hostile, parfois lié à certaines cultures de métiers ou d'entreprises. Il représente donc un outil intéressant pour lutter contre les discriminations systémiques ou structurelles, ainsi qu'indirectes.

Enfin, les *dimensions institutionnelle et pédagogique* de la législation anti-discrimination ou anti-racisme sont elles aussi fondamentales. A cet égard, les organismes de promotion de l'égalité au sein de l'UE, ou *Equality Bodies*, jouent un rôle important non seulement en termes d'information et de documentation, mais également en termes de formation des actrices et acteurs professionnels. Les compétences d'enquête et de recommandation de ces organismes, ainsi que leur capacité d'agir en justice en soutien des victimes, permettent également de compenser, en partie au moins, les déséquilibres de pouvoir qui sont généralement défavorables aux victimes issues de minorités racisées vis-à-vis des entreprises privées ou publiques.

Bien que la LEg présente quelques différences par rapport à la législation belge, rien ne permet de penser que les mécanismes de protection qu'elle prévoit – l'interdiction de discriminer, l'allègement de la charge de la preuve, une protection contre les mesures de rétorsion, ou le droit d'agir des

associations de défense des travailleuses et travailleurs en soutien des victimes et avec leur accord, notamment – ne pourraient pas être transposés aux discriminations raciales. Cette loi pourrait donc servir de modèle pour une législation suisse visant à lutter contre les discriminations raciales dans le domaine de l'emploi¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Cf. notamment, à ce propos, les suggestions de GRAF et ZIMMERMANN (2022), pp. 173-176.

Présentation des expertes et remerciements

Toute l'équipe de recherche tient à remercier chaleureusement les expertes ayant participé avec enthousiasme à ce projet. Leur grande disponibilité et leurs conseils ont été très appréciés. Leurs profils variés, à la fois issus de la pratique, du monde académique et du terrain, donne une richesse particulière à notre travail.

Manon Asselbourg – est collaboratrice au sein du Service Soutien Individuel d'UNIA, l'Organisme belge de promotion de l'égalité et de lutte contre les discriminations.

Isabelle Chopin – est avocate spécialisée en droit de la non-discrimination. Elle est directrice du Migration Policy Group, un groupe de réflexion et d'action indépendant basé à Bruxelles, actif notamment dans la lutte contre la discrimination. Elle est également coordinatrice spécialisée en droit de la non-discrimination du réseau européen des expert-e-s juridiques en matière d'égalité des sexes et de non-discrimination.

Catharina Germaine – est analyste de la politique juridique en matière d'anti-discrimination au Migration Policy Group. Avant cela, elle était notamment assistante politique à Equinet (le réseau européen des organismes de promotion de l'égalité).

Sophie Latraverse – est experte spécialiste de la lutte contre les discriminations et le harcèlement, spécialiste du modèle français. Ancienne directrice du Défenseur des droits, elle a notamment été désignée comme rapporteuse pour la France concernant l'organisme de promotion de l'égalité à la Commission de l'Union européenne.

Marie Mercat-Bruns – est professeure affiliée à l'École de droit de Sciences Po, à Paris. Elle est aussi maîtresse de conférences en droit privé HDR au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM) où elle est membre du Laboratoire Lise CNRS (copilote de l'axe Genre, droit et discriminations) et codirige le Master de droit de l'entreprise. Elle a notamment été nommée en 2017 experte pour la France sur l'égalité des sexes auprès de la Commission européenne veillant à l'application conforme du droit européen. Elle est titulaire d'un doctorat primé sur le vieillissement en droit comparé (France - États-Unis) de l'Université Paris Ouest-Nanterre en droit social (Prix de l'Association française de droit du travail et Prix de l'Institut de droit comparé de l'Université Paris II) et d'un LLM de l'Université de Pennsylvanie Law School. Elle a obtenu son HDR en 2014 à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

BIBLIOGRAPHIE

- ATREY SHREYA, *Intersectional Discrimination*, Oxford, 2019.
- BEHRENDT CHRISTIAN, *Les principes d'égalité et de non-discrimination, une perspective de droit comparé : Belgique, Bruxelles 2021*.
- BERNARD FRÉDÉRIC et ESKANDARI VISTA VIDA, *Les instruments et mécanismes internationaux en matière de lutte contre les discriminations raciales*, dans : *Sous toutes réserves – Revue du jeune Barreau de l'Ordre des Avocats de Genève*, 2022, n° 35, pp. 14-17.
- BIAGGINI GIOVANNI, *BV-Kommentar*, 2^{ème} éd., Zurich 2017.
- BILGE SIRMA et ROY OLIVIER, *La discrimination intersectionnelle : la naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire*, dans : *Canadian Journal of Law and Society / Revue Canadienne Droit et Société*, 2010, Volume 25, n° 1, pp. 51-74.
- BRIBOSIA EMMANUELLE, RINGELHEIM JULIE et RORIVE ISABELLE, *Le droit européen de la non-discrimination : promesses tenues ?*, dans : *Ginette Herman, Andrea Réa et Julie Ringelheim, (édit.), Politiques antidiscriminatoires*, Louvain-la-Neuve 2015, pp. 67-84 (<http://hdl.handle.net/2078.1/169115>).
- BRINBAUM YAËL, *Vécu des discriminations dans l'accès à l'emploi : le rôle des origines et du genre, Un décalage entre catégories statistiques et critères discriminatoires*, dans : *Arnaud Lechevalier, Marie Mercat-Brunns et Ferruccio Ricciardi (édit.), Les catégories dans leur genre, Genèses, enjeux, productions*, Buenos Aires 2022, pp. 251-293.
- CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH) (ÉDIT.), *Renforcer les droits humains en Suisse, Nouvelles idées pour la politique et la pratique*, Berne, 2022.
- COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE (CERD), *Observations finales concernant les septième à neuvième rapports de la Suisse soumis en un seul document, du 20 février 2014*, CERD/C/CHE/CO/7-9, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD/C/CHE/CO/7-9&Lang=Fr (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022) (cité : CERD, *Observations finales, 7^{ème} à 9^{ème} Rapport, 2014*).
- COMITÉ POUR L'ÉLIMINATION DE LA DISCRIMINATION RACIALE (CERD), *Observations finales concernant le rapport de la Suisse valant dixième à douzième rapports périodiques, du 3 décembre 2021*, https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/CHE/CERD_C_CHE_CO_10-12_47278_F.pdf (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022) (cité : CERD, *Observations finales, 10^{ème} à 12^{ème} Rapport, 2021*).
- COMMISSION EUROPÉENNE, *Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur l'application CONSEIL sur l'application de la directive 2000/43/CE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (directive sur l'égalité raciale) et de la directive 2000/78/CE du Conseil portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (directive sur l'égalité en matière d'emploi)*, du 19 mars 2021, COM(2021) 139 final, {SWD(2021)63final}, Bruxelles, 2021.

- COMMISSION EUROPÉENNE CONTRE LE RACISME ET L'INTOLÉRANCE (ECRI), Rapport sur la Suisse (sixième cycle de monitoring), adopté le 10 décembre 2019 et publié le 19 mars 2020, <https://rm.coe.int/rapport-de-l-ecri-sur-la-suisse-sixieme-cycle-de-monitoring/16809ce3d7> (cité : 6^{ème} Rapport ECRI 2020).
- COMMISSION D'ÉVALUATION DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE RELATIVE À LA LUTTE CONTRE LES DISCRIMINATIONS, Premier rapport d'évaluation, Bruxelles, février 2017, https://www.unia.be/files/Documenten/Aanbevelingen-advies/Commission_dévaluation_de_la_législation_fédérale_relative_à_la_lutte_contre_les_discriminations.pdf (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).
- COMMISSION D'ÉVALUATION DES LOIS FÉDÉRALES TENDANT À LUTTER CONTRE LA DISCRIMINATION, Rapport final, Combattre la discrimination, les discours de haine et les crimes de haine : une responsabilité partagée, Bruxelles, février 2022, [https://www.unia.be/files/Commission_Evaluation_Lois_Antidiscrimination_-_Rapport_\(2022\).pdf](https://www.unia.be/files/Commission_Evaluation_Lois_Antidiscrimination_-_Rapport_(2022).pdf) (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).
- DE COCK MATTHIAS, La sixième réforme de l'État, La répartition des compétences matérielles : principes et cas pratique, dans : Trait d'union, Villes et Communes de Bruxelles-Capitale, no 6-2016, pp. 38-39 (<https://brulocalis.brussels/fr/Publications/trait-dunion.html>, consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).
- DUMONT HUGUES et EL BERHOUMI MATHIAS, Droit constitutionnel, Approches critique et interdisciplinaire, Tome 1, L'État, Bruxelles, 2021.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE, LEMPEN KARINE et MAHON PASCAL (ÉDIT.), L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016: 20 ans d'application de la L'EG, Genève/Zurich 2016.
- DUNAND JEAN-PHILIPPE et MAHON PASCAL (ÉDIT.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022.
- ENAR Rapport alternatif 2012/2013, Le racisme et les pratiques discriminatoires associées dans le secteur de l'emploi en Belgique, Bouhhal Radouane, Bruxelles, 2014.
- ERNOUX ALIX et WAUTELET PATRICK, Introduction générale : Les sources et les acteurs, dans : Julie Ringelheim et Patrick Wautelet (édit.), Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations, Liège 2018, pp. 7-36.
- FAUX JEAN MARIE, Une nouvelle législation contre les discriminations, dans : En question, Revue du CentreAvec, janvier 2007, <https://www.centreavec.be/publication/une-nouvelle-legislation-contre-les-discriminations/> (consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).
- FLICK UWE, An Introduction to Qualitative Research, 4^e éd., Londres, 2009.
- FREIVOGEL ELISABETH, Art. 3 GIG, in: Claudia Kaufmann et Sabine Steiger-Sackmann (édit.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 2e éd., Bâle, 2009.
- GRAF ANNE-LAURENCE et ZIMMERMANN NESA, Lutter contre les discriminations raciales au travail en transposant la loi sur l'égalité, in : CSDH (édit.), Renforcer les droits humains en Suisse, Nouvelles idées pour la politique et la pratique, Berne, 2022, pp. 163-181.
- HERMAN GINETTE, RÉA ANDREA ET RINGELHEIM JULIE (ÉDIT.), Politiques antidiscriminatoires, Louvain-la-Neuve 2015.

- HUMANRIGHTS.CH*, Le droit de l'Union européenne contre la discrimination, novembre 2017, <https://www.humanrights.ch/fr/pfi/droits-humains/discrimination/dossier-non-discrimination/normes-internationales/union-europeenne/> (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022).
- JACQMAIN JEAN, Le droit communautaire comme stimulant à bien légiférer ? Harcèlement moral et sexuel ; discriminations diverses ; discriminations de genre, dans *JDJ*, n° 267, septembre 2007, pp. 8-10.
- KÄLIN WALTER et LOCHER RETO, *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Synthesebericht, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Berne 2015.
- KAUFMANN CLAUDIA et STEIGER-SACKMANN SABINE (ÉDIT.), *Kommentar zum Gleichstellungsgesetz*, 2e éd., Bâle, 2009.
- LECHEVALIER ARNAUD, MERCAT-BRUNS MARIE et RICCIARDI FERRUCCIO (ÉDIT.), *Les catégories dans leur genre*, Genèses, enjeux, productions, Buenos Aires 2022.
- LEJEUNE YVES, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, 3^{ème} éd., Bruxelles, 2017.
- LÉNEL PIERRE et MERCAT-BRUNS MARIE, *Penser l'intersectionnalité en contexte français*, Le cas des affaires Baby Loup et Micropole sur le port du voile islamique au travail, dans : Arnaud Lechevalier, Marie Mercat-Bruns et Ferruccio Ricciardi (édit.), *Les catégories dans leur genre*, Genèses, enjeux, productions, Buenos Aires 2022, pp. 209-250.
- MAHON PASCAL et STEFFANINI FEDERICA, *Les fondements de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes*, dans : Jean-Philippe Dunand, Karine Lempen et Pascal Mahon (édit.), *L'égalité entre femmes et hommes dans les relations de travail 1996-2016: 20 ans d'application de la LEg*, Genève/Zurich 2016, pp. 1-33.
- MAHON PASCAL, GRAF ANNE-LAURENCE et STEFFANINI FEDERICA, *La notion de « race » dans le droit Suisse (Der Begriff «Rasse» im schweizerischen Recht)*, Étude pour le Service de lutte contre le racisme (SLR), Berne 2019 (<https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/frb/publikationen/verwendung-begriff-rasse.html>).
- MAZOUZ SARAH, *Race*, Paris, 2020.
- MERCAT-BRUNS MARIE, *Discrimination at Work: Comparing European, French, and American Law*, Oakland, 2016.
- MERCAT-BRUNS MARIE, *La discrimination systémique : peut-on repenser les outils de la non-discrimination en Europe ?*, dans *La Revue des droits de l'homme*, no 14, 2018 (en ligne), <https://doi.org/10.4000/revdh.3972>.
- MERCAT-BRUNS MARIE et PERELMAN JEREMY (sous la direction de), *Les juridictions et les instances publiques dans la mise en œuvre de la non-discrimination : perspectives pluridisciplinaires et comparées*, Rapport final, SciencesPo, Ecole de droit, Paris 2016.
- MOREAU CÉLINE, *La Suisse luttera-t-elle un jour contre la discrimination raciale?* dans: *Plaidoyer 2020*, p. 18.
- MUGGLIN LEONIE, EFIONAYI DENISE, RUEDIN DIDIER et D'AMATO GIANNI, *Racisme structurel en Suisse : un état des lieux de la recherche et de ses résultats*, Neuchâtel, 2022.
- NAGUIB TAREK, *Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union*, *Jusletter* 21. März 2011.

- NDJOKO HERMANN MARTIAL, Les angles morts du droit antidiscriminatoire: éloge de la circulation des concepts, dans : *Droit et société*, 2021/2 (n° 108) (en ligne), <https://doi.org/10.3917/drs1.108.0407>.
- NOEL CHRISTOPHE, avocats à la Cour, Le harcèlement discriminatoire au travail, Blog, 3 juillet 2019, <https://www.christophenoel.com/blog-juridique/discrimination-travail/harcelement-discriminatoire> (consulté pour la dernière fois le 10 novembre 2022).
- RENAULD BERNADETTE, Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations, dans : Patrick Wautelet (édit.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Liège, 2009, pp. 7-63.
- RINGELHEIM JULIE, Les concepts-clés du droit de la lutte contre les discriminations, dans : Julie Ringelheim et Patrick Wautelet (édit.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège 2018, pp. 37-72.
- RINGELHEIM JULIE et VAN DER PLANCKE VÉRONIQUE, Prouver la discrimination en justice, dans : Julie Ringelheim et Patrick Wautelet (édit.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège 2018, pp. 137-174.
- RINGELHEIM JULIE et WAUTELET PATRICK (ÉDIT.), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Liège 2018.
- SÄGESSER CAROLINE, La loi Anti-discrimination, dans: *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2005/22-23 n°1887-1888, p. 5.
- UNIA, Evaluation ; Loi du 10 mai 2007 modifiant la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (MB 30 Mai 2007) (loi antiracisme), Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (MB 30 mai 2007) (loi antidiscrimination), février 2007, p. 4, [https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Evaluation_2e_version_LAR_LAD_Unia_PDF_\(Francophone\).pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/Evaluation_2e_version_LAR_LAD_Unia_PDF_(Francophone).pdf) (cité : UNIA 2007 ; consulté pour la dernière fois le 3 novembre 2022).
- WAUTELET PATRICK (ÉDIT.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Liège 2009.
- WAUTELET PATRICK, Les garanties de la non-discrimination : sanctions civiles et aspects de procédure dans les lois fédérales luttant contre la discrimination, dans : Patrick Wautelet (édit.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, Liège 2009, pp. 215-248