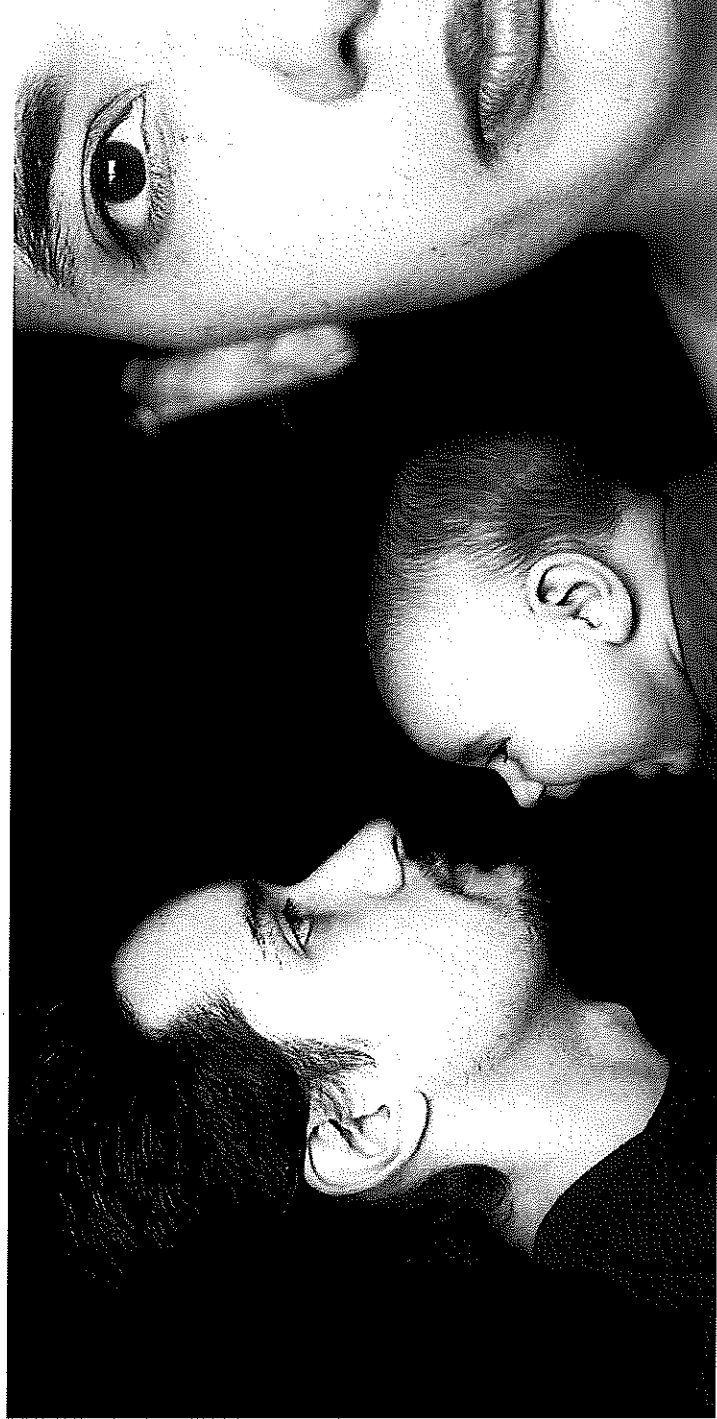


Revue du droit européen relatif à la non-discrimination

Edition N° 3 | Avril 2006



Dans la présente édition:

Articles traitant de la directive relative à l'égalité raciale visant la protection des Roms, de la procédure de réclamations collectives du Conseil de l'Europe et des tests de situation | Jurisprudence de la CJCE et de la CtEDH | Développements juridiques nationaux | Mise à jour de la politique européenne



Pour la diversité

Contre les discriminations
Une initiative de l'UE

LE RÉSEAU EUROPÉEN DES EXPERTS JURIDIQUES EN MATIÈRE DE NON-DISCRIMINATION

Le test de situation en Europe: mythes et réalités⁷⁶

Isabelle Rovive, professeur à la Faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles

Dans les affaires de discriminations, l'obstacle de la preuve s'avère souvent infranchissable. Les dossiers n'aboutissent pas en justice car, dans la plupart des cas, la victime est incapable de prouver la discrimination dont elle fait l'objet. Rares sont en effet les auteurs de discriminations qui reconnaissent les faits. Ces cas risquent d'être d'autant plus isolés aujourd'hui que les récentes campagnes anti-discrimination, menées notamment à l'initiative de la Commission européenne dans la mise en œuvre des directives « Race » et « Emploi »⁷⁷, ont largement attiré l'attention du public sur le caractère répréhensible de ces pratiques. Peu enclins à passer aux aveux, les auteurs de discriminations se montrent également attentifs à ne pas laisser de traces écrites de leurs pratiques. La présence de témoins est souvent déterminante pour l'issue d'une plainte. Or, dans de nombreux cas, il n'y a pas de témoin du tout ou pas de témoin prêt à faire une déposition. Et lorsque témoignages il y a, ils se révèlent souvent vagues, lacunaires ou contradictoires. Dès lors que les modes de preuve classiques (aveu, écrit, témoignage) ne suffisent pas, des mécanismes ont dû être imaginés pour tenter de venir en aide aux victimes.

L'aménagement de la charge de la preuve

Ce problème n'est pas nouveau. La Cour de justice des Communautés européennes y a été confrontée depuis de nombreuses années dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine de l'emploi⁷⁸. Cette juridiction a explicitement reconnu les obstacles considérables auxquels font face les femmes qui tentent d'établir qu'elles sont discriminées par rapport aux hommes, principalement en recevant des salaires inférieurs pour un travail identique. Les femmes se retrouvaient privées de tout recours effectif à défaut d'accès à l'information permettant d'établir la discrimination. En réaction, la Cour de justice a développé une jurisprudence instaurant un aménagement de la charge de la preuve : lorsqu'une femme peut montrer qu'un groupe de femmes significatif est en moyenne moins bien payé qu'un groupe d'hommes chargé de réaliser un travail similaire, la charge d'établir que cette différence n'est pas fondée sur des considérations liées au sexe revient à l'employeur⁷⁹. Depuis, cette jurisprudence a été consacrée dans une directive transposée dans les États membres⁸⁰.

⁷⁶ La présente contribution s'appuie sur une étude de droit belge menée en collaboration avec P.-A. Perrouty, « Réflexions sur les difficultés de preuve en matière de discriminations », *Revue du droit des étrangers*, 2005, n° 133, pp. 161-175.

⁷⁷ La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ni d'origine ethnique (dite directive « Race ») et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (dite directive « Emploi » ou directive « cadre »).

⁷⁸ La Cour de justice des Communautés européennes est compétente en matière de discriminations entre hommes et femmes depuis 1957 (art. 119 du Traité de Rome, suivi par 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).

⁷⁹ C.J.C.E., 30 juin 1988, *Commission v. France*; C.J.C.E., 17 octobre 1989, aff. C-109/88, *Danfoss* [1989] ECR 3199; C.J.C.E., 27 octobre 1993, aff. C-127/92, *Enderby v. Frenchay Health Authority* [1993] ECR I-5535; C.J.C.E. 31 mai 1995, aff. C-400/93, *Royal Copenhagen* [1995] ECR I-1275.

⁸⁰ Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

Dans le domaine des discriminations ethniques, d'autres juridictions ont suivi la même voie. Au Royaume-Uni, par exemple, où le *Race Relations Act* est en vigueur depuis 1976, un magistrat de la *Court of Appeal* a ainsi déclaré : « it is unusual to find direct evidence of racial discrimination. Few employers will be prepared to admit such discrimination even to themselves. In some cases the discrimination will not be ill-intentioned but merely based on an assumption that 'he or she would not have fitted in' ». Et d'en conclure : « a finding of a difference in treatment and a finding of a difference in race will often point to the possibility of racial discrimination. In such circumstances the tribunal will look to the employer for an explanation. If no explanation is then put forward or if the tribunal considers the explanation to be inadequate or unsatisfactory it will be legitimate for the tribunal to infer that the discrimination was on racial grounds. This is not a matter of law but (...) 'almost common sense' »⁶¹. Cette jurisprudence n'a cependant pas résolu tous les problèmes. Une recherche menée en avril 2002 a montré que seuls 16% des cas de discriminations raciales portés en justice sont sanctionnés par les cours et tribunaux britanniques⁶². Ces derniers adoptent en effet souvent une attitude frileuse pour inférer le comportement discriminatoire des justifications lacunaires apportées par la personne mise en cause. Mais un arrêt de la *Court of Appeal* rendu en février 2005 pourrait inverser cette tendance. Il s'agissait de la première opportunité pour cette juridiction de se prononcer sur l'aménagement de la charge de preuve, tel que transposé des nouvelles directives européennes. Dans une motivation didactique, la cour souligne que, pour bénéficier de cet aménagement, le demandeur doit établir des faits qui peuvent laisser penser que le principe de l'égalité de traitement a été violé. Il revient alors au défendeur de prouver que son comportement n'était pas fondé sur un motif discriminatoire⁶³.

Les directives « Race » et « Emploi » sont construites sur ces expériences et bénéficient de leur enseignement. En matière civile, elles prévoient chacune un aménagement de la charge de la preuve en invitant les Etats membres à prendre les mesures nécessaires « afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée (...) et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement »⁶⁴. La charge de la preuve est donc bien aménagée – et non pas renversée, comme il a beaucoup été dit – puisque, dans un premier temps, c'est à la victime qu'il revient d'amener des éléments de nature à faire présumer la discrimination. Ce n'est que lorsqu'« une présomption de discrimination »⁶⁵ est avérée que le fardeau de la preuve bascule vers la partie mise en cause, à qui il appartient d'établir que son comportement n'était pas fondé sur des considérations discriminatoires.

La difficulté d'établir des faits

Pour s'appliquer, le mécanisme du basculement de la charge de la preuve suppose que la personne qui s'estime victime apporte des éléments de fait susceptibles de laisser présumer une discrimination. Les directives européennes indiquent que « l'appréciation des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte appartient à l'instance judiciaire nationale (...), conformément au droit national »⁶⁶. C'est donc au législateur national qu'il revient éventuellement de préciser la nature des faits qui

⁶¹ *King v Great Britain-China Centre* [1992] ICR 516, CA (Lord Justice Neill). Ce précédent a été suivi par la *House of Lords dans Glasgow CC v Zafer* [1998] ICR 12.

⁶² « Claims of race bias fall by the wayside », Labour Research, avril 2002.

⁶³ *Igen Ltd. & Others v Wong, Chamberlin & Another v. Ermaque, Webster v. Brunel University* [2005] EWCA Civ. 142.

⁶⁴ Directive « Race » 2000/43/CE précitée, art. 8 et directive « Emploi » 2002/78/CE précitée, art. 10.

⁶⁵ Directive « Race » 2000/43/CE précitée, considérant 21 ; directive « Emploi » 2000/78/CE précitée, considérant 31.

⁶⁶ Considérant 15 du préambule des directives 2000/43/CE et 2000/78/CE.

peuvent opérer cet allègement et, en dernière instance, au juge (civil) d'apprécier leur valeur probante. Les directives précisent encore que les discriminations « peuvent être établies par tous moyens, y compris sur la base de données statistiques »⁸⁷. Elles ne mentionnent pas expressément les tests de situation, même si ce mode de preuve a fait l'objet de discussions au cours des travaux préparatoires. Certains législateurs nationaux, isolés il est vrai, font quant à eux explicitement référence aux tests de situation⁸⁸.

La mise en œuvre du test de situation

Le test de situation (appelé également testing ou, plus rarement, test pratique) vise à mettre à jour une pratique par laquelle une personne présentant une caractéristique particulière est traitée moins favorablement qu'une autre, dans une situation comparable, mais ne présentant pas cette caractéristique. Il s'agit d'une sorte de mise en scène, de jeu de rôle qui consiste à placer une personne en position de commettre une discrimination sans qu'elle ne se doute que son comportement est observé. Cette personne est ainsi confrontée à des « candidats » fictifs, parmi lesquels certains présentent une caractéristique susceptible d'entraîner un comportement discriminatoire. L'observation vise à comparer l'attitude réservée aux « porteurs » de la caractéristique par rapport à celle réservée aux autres personnes. Le test de situation permet de révéler une discrimination directe, le plus souvent dissimulée derrière des arguments qui servent de prétextes (le logement est déjà loué, l'emploi a déjà été attribué, l'entrée de l'établissement est réservée aux membres, etc.).

L'exemple le plus connu de tests de situation est celui de différents couples se présentant à l'entrée d'une boîte de nuit : si l'entrée est systématiquement refusée aux couples mixtes ou d'origine étrangère, alors que les couples « de souche » précédant et suivant entrent sans difficulté, l'existence d'une discrimination pourra être présumée. Des expériences similaires ont été menées auprès d'agences immobilières ou même d'employeurs suspectés de pratiquer une discrimination à l'embauche.

Outil de mesure et mode de preuve

En Europe, le testing a été imaginé dans les années 70 par des Noirs américains casernés aux Pays-Bas⁸⁹. Il a ensuite été développé au Royaume-Uni par la *Commission for Racial Equality*⁹⁰. Il a également été au centre d'une

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ La législation belge se réfère ainsi, à titre d'exemple d'éléments entraînant un renversement de la charge de la preuve, à « des faits, tels que des données statistiques ou des tests de situation » (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, *Moniteur belge*, 17 mars 2003, art. 19, § 3). En Hongrie, un décret gouvernemental reconnaît à l'Autorité en charge de l'égalité de traitement la faculté de recourir à des tests de situation et d'utiliser les résultats en justice (Décret gouvernemental 362/2004 relatif à l'Autorité en charge de l'égalité de traitement et les règles circonstanciées de sa procédure (ETAD), adopté en décembre 2004). En France, le projet de loi pour l'égalité des chances n° 2787, déposé par le gouvernement le 11 janvier 2006 devant l'Assemblée nationale, légalise, en matière pénale, le testing, aussi appelé « vérification à l'improviste » dans l'exposé des motifs (art. 21). Suite à une déclaration d'urgence du gouvernement le texte a été adopté, en première lecture, par l'Assemblée nationale le 10 février 2006, sous le n° 534.

⁸⁹ Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, « Le test de situation en pratique », *Un combat pour les droits - Rapport annuel 2000*, p. 119.

⁹⁰ Remarquez qu'au Royaume-Uni, le test de situation est rarement utilisé à l'heure actuelle parce que les formes directes de discriminations qu'il permet d'identifier sont moins fréquentes. Ce qui n'empêche pas des ONG ou des communautés d'utiliser cette méthode pour faire pression sur des bars ou des boîtes de nuit qui, à leur estime, pratiquent de la ségrégation ethnique. Ce type d'action permet très souvent de changer les pratiques sans qu'un recours en justice ne soit nécessaire.

vaste étude portant sur les discriminations ethniques à l'embauche coordonnée par le Bureau international du travail⁹¹ dans les années 90. Il fait désormais partie intégrante des instruments de mesure utilisés par les sociologues. Dans certains pays européens, il est également utilisé dans le cadre de campagnes de sensibilisation aux discriminations menées à l'initiative d'organisations non gouvernementales (ONG), d'organismes de promotion de l'égalité ou de journalistes.

Aujourd'hui, c'est comme mode de preuve ou, plus exactement, comme élément de nature à faire basculer la charge de la preuve, que le testing suscite perplexité, crispation et controverses. Il s'agit de reproduire une *situation identique* à celle vécue par une personne qui s'estime discriminée en raison d'une caractéristique particulière et d'observer si des personnes placées dans cette situation, mais ne présentant pas cette caractéristique sont traitées différemment. Dans l'affirmative, les résultats du test sont produits en justice, le plus souvent sous la forme de témoignages, parfois sous celle d'un constat d'huissier qui atteste du bon déroulement des opérations.

La plupart des pays européens sont peu familiers avec cette technique. Elle n'est pas utilisée en Autriche, à Chypre, en Espagne, en Italie, en Irlande, en Lituanie, au Luxembourg, à Malte, au Portugal ou en Slovaquie. Dans d'autres pays, une tendance nette se dessine en faveur de sa reconnaissance. En Belgique, l'usage du test de situation est reconnu expressément par la loi⁹², même si son organisation par un acte de l'exécutif divise à l'heure actuelle le monde politique. En Hongrie, grâce à la ténacité des ONG et notamment du Bureau de la défense juridique pour les minorités nationales et ethniques (Legal Defense Bureau for National and Ethnic Minorities - NEKI), la Cour suprême a accepté les témoignages reposant sur un test de situation pour établir la discrimination visant des Roms à l'entrée d'une discothèque⁹³. Dans la foulée, un décret gouvernemental a reconnu expressément à l'Autorité en charge de l'égalité de traitement la faculté de recourir à des tests de situation dans ses investigations et, le cas échéant, de se servir des résultats en justice⁹⁴. En France, la crise qui a secoué les banlieues à l'automne 2005 a conduit le gouvernement à présenter des mesures promouvant l'égalité des chances. Le recours au test de situation en droit pénal, déjà reconnu par la Cour de cassation depuis plusieurs années⁹⁵, vient ainsi d'être consacré par l'Assemblée nationale⁹⁶. En République Tchèque, le test de situation est reçu en justice et des discriminations à l'égard des Roms ont pu être sanctionnées grâce à ce mode de preuve⁹⁷.

⁹¹ Voy. les directives méthodologiques données par FR. BOVENKERK, *A manual for international comparative research on discrimination on the ground of race and ethnic origin*, Genève, Bureau international du travail, 1992.

⁹² Loi précitée du 25 février 2003 (supra, note 13). Pour des exemples de formes simplifiées de testings relevant stricto sensu de la récolte de témoignages, voy. les décisions de la cour d'appel de Liège du 11 mars 1998 et du tribunal correctionnel de Bruxelles du 31 mars 2004 (publiées sur le site du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme : www.antiracisme.be) ainsi que la décision du tribunal civil de Bruxelles statuant en référé du 3 juin 2005 (commentée sur le site du Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie : www.mrax.be).

⁹³ Cette affaire a été publiée dans le journal officiel de la Cour suprême où paraissent les décisions d'importance toute particulière sous le numéro EBH 2002.625. Pour une description de cette affaire, voy. le Livre Blanc 2000 sur le site de NEKI, affaire « Discothèque in D. » (<http://www.neki.hu/indexeng.htm>).

⁹⁴ Décret gouvernemental 362/2004 précité (supra, note 13).

⁹⁵ Voy. les arrêts du 12 septembre 2000, 11 juin 2002 et 27 juin 2005, détaillés *infra*, aux notes 32 et 33.

⁹⁶ Projet de loi n° 534 précité (supra, note 13).

⁹⁷ Voy., par exemple, la décision de la cour municipale de Prague du 31 mars 2004 ; celle de la cour supérieure (High Court) de Prague du 22 mars 2005 et celle de la cour régionale d'Ostrava du 24 mars 2005. Pour un commentaire de ces décisions, voy. *European Anti-Discrimination Law Review*, 2005, nr 2, p. 52.

En Slovaquie, la justice a été saisie des premières affaires fondées sur des tests de situation en 2005⁹⁸. En Suède, des tests de situation menés en 2004 par certains médias pour dénoncer les discriminations ethniques à l'embauche ont relancé la question de l'utilisation de ce mode de preuve en justice. Si le DO, Ombudsman contre les discriminations ethniques, semble encore réticent, des étudiants en droit discriminés à l'entrée de certains établissements en raison de leur origine ethnique ont décidé de faire bouger les choses. En 2005, sur la base de testings menés dans plusieurs clubs de Stockholm, Gothenburg et Malmö, neuf instances ont été introduites devant les juridictions. Certaines d'entre elles ont fait l'objet d'une transaction, moyennant paiement d'une indemnité.

Un instrument diabolisé

Les débats, parfois houleux, qui entourent l'utilisation du testing en justice reposent dans certains cas sur des considérations alarmistes, pour ne pas dire aberrantes. En Belgique où l'organisation des tests de situation doit être réglée par un acte de l'exécutif, le VLD (parti politique flamand de droite appartenant à la coalition du gouvernement fédéral) a récemment relayé les critiques émises par des organisations patronales et par l'Office national des propriétaires. Dans un grand quotidien, il a déclaré refuser « d'instituer un corps d'espions, d'envoyer des taupes infiltrer les entreprises, d'ouvrir des lignes de délation, de consacrer Big Brother »⁹⁹. Le Premier ministre lui-même n'a pas hésité à qualifier les testeurs d'« infiltrés » et de « dénonciateurs ». Et d'ajouter : « on n'envoie pas une femme nue vers un homme afin de contrôler s'il est adulte »¹⁰⁰. En France, dans le cadre des débats à l'Assemblée nationale d'un projet de loi visant notamment à légaliser le testing¹⁰¹, l'Union nationale de la propriété immobilière s'est montrée menaçante. Revendiquant le droit des propriétaires privés de choisir leur locataire, elle considère que la généralisation du testing « ne pourrait avoir que des résultats négatifs et irait à l'encontre de la politique menée par le gouvernement, notamment pour la remise sur le marché des logements vacants »¹⁰². Au delà de la manipulation politique, il est incontestable que le test de situation n'est pas sans susciter quelques difficultés qui tiennent à la fois de la méthodologie et de l'éthique juridique.

Rigueur méthodologique

La méthodologie des tests de situation doit être établie de manière rigoureuse afin de neutraliser les variables qui peuvent fausser l'analyse. Pour mener à bien sa campagne « La direction se réserve le droit d'entrée »¹⁰³ qui visait certaines boîtes de nuit à Bruxelles, le Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie (MRAX) avait veillé à ce que les couples soient habillés et coiffés de manière « correcte » et homogène, à ce qu'ils appartiennent à la même tranche d'âge, à ce qu'ils ne soient pas sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants, à ce qu'ils adoptent une attitude courtoise et mesurée lors de leur contact avec les portiers de l'établissement, etc.¹⁰⁴ De la même manière, l'enquête « testing sur CV » menée par l'Observatoire des discriminations de l'Université de

⁹⁸ Ces affaires ont été initiées par une ONG, le Centre pour les droits civils et de l'Homme (Centre for Civil and Human Rights) situé dans l'est de la Slovaquie.

⁹⁹ *Le Soir*, 26, 27 et 28 mars 2005.

¹⁰⁰ *De Standard*, 25 mars 2005.

¹⁰¹ *Voy. supra*, note 13.

¹⁰² Communiqué de l'UNPI, 2 décembre 2005.

¹⁰³ Cette campagne a été menée en 2000-2001 ([voy. www.mrax.be/article.php?id_article=194](http://www.mrax.be/article.php?id_article=194)).

¹⁰⁴ *Voy. aussi*, « Le Testing : méthode et exemples », fiche pratique du GELD (Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations). Cette association a cessé ses activités le 30 juin 2005 pour se fondre dans la Haute autorité de lutte contre les discriminations (HALDE).

Paris I s'appuyait sur un protocole minutieux¹⁹⁵. Il s'agissait de mesurer la discrimination à l'emploi en testant plusieurs variables : le genre (homme/femme), l'origine ethnique (Maghreb/France), le lieu de résidence, l'apparence physique (visage beau/disgracieux), l'âge (plus ou moins de 50 ans), le handicap. En réponse à une offre d'emploi, deux CV étaient envoyés, qui ne différaient que par une caractéristique, la variable à tester. Les présentations des CV et les lettres d'accompagnement étaient rédigées de manière à ne pas être trop « ressemblantes » : des enveloppes différentes ont été utilisées ; elles ont été postées à des jours et en des lieux différents ; des photos d'identité ont été retouchées par informatique, etc.

Pour être convaincant, le test de situation suppose donc la comparabilité la plus complète possible entre le groupe susceptible d'être discriminé et le groupe de contrôle qui lui ressemble en tous points, mis à part la caractéristique testée.

Loyauté de la preuve

Une autre critique, d'ordre éthique et juridique, a été formulée contre les tests de situation. Ce mode de preuve ne répondrait pas au principe de loyauté de la preuve, un point que la Cour de cassation française a été amenée à trancher à plusieurs reprises. Dans une de ces affaires, l'association SOS Racisme avait procédé à des tests à l'entrée de plusieurs boîtes de nuit de la région de Montpellier. Les portiers poursuivis avaient été acquittés en appel au motif que le testing avait été effectué de manière biaisée et déloyale. Selon la cour d'appel, le testing avait été réalisé « de manière unilatérale par l'association, qui a fait appel uniquement à ses adhérents (...) dument informés que le but de l'opération était (...) de démontrer la ségrégation existant à l'entrée de ces boîtes de nuit ». Cette juridiction avait également relevé que le testing s'était déroulé « sans aucune intervention d'un officier de justice ou d'un huissier de justice », n'offrait « aucune transparence », n'était « pas empreint de loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale » et portait « atteinte aux droits de la défense »¹⁹⁶. De manière nette et concise, la Cour de cassation française a rejeté ce point de vue. Après avoir rappelé que les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve en matière pénale, la Cour souligne « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de manière illicite ou déloyale ». Le juge doit en « apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire »¹⁹⁷. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, le juge pénal ne peut donc écarter a priori les résultats d'un testing. Sa valeur probante doit être appréciée dans chaque cas d'espèce¹⁹⁸.

¹⁹⁵ J.-FR. AMADIEU, « Enquête testing sur CV », *Adia/Paris I* – Observatoire des discriminations, mai 2004. Voy. aussi la suite de cette enquête, « Discriminations à l'embauche – De l'envoi du CV à l'entretien », avril 2005. Ces enquêtes sont publiées sur le site de l'Observatoire (<http://cegers.univ-paris1.fr/observatoiredesdiscriminations/d.htm>).

¹⁹⁶ Cour d'appel de Montpellier (chambre correctionnelle), 5 juin 2001.

¹⁹⁷ Cour de cassation (chambre criminelle), 11 juin 2002, n° 01-85.559, publié sur le site de la Cour de cassation.

¹⁹⁸ Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 12 septembre 2000, n° 99-87251, publié sur le site de la Cour de cassation. Dans cette affaire qui concernait également un testing à l'entrée d'une discothèque, un huissier de justice avait assisté aux opérations et établi un constat dans lequel il relevait que le groupe de jeunes de type maghrébin s'était vu refuser l'entrée au motif que l'établissement était privé, alors que des groupes de personnes de type européen entraient sans aucune difficulté. Voy. aussi l'arrêt de la Cour du 7 juin 2005, n° 04-8735, publié sur le site de la Cour de cassation. Dans cette affaire, la victime d'une discrimination au logement avait téléphoné à l'agence immobilière depuis les locaux de l'ONG SOS Racisme. L'enregistrement de la conversation avait été admis comme mode de preuve en justice.

Provocation

Un autre sujet de crainte a parfois renforcé la prudence des magistrats : que le test de situation ne s'apparente à de la provocation. Le Conseil d'Etat belge, amené à donner un avis sur tout projet de législation, partageait d'ailleurs ce sentiment en considérant que le procédé pourrait violer la vie privée de la personne testée¹⁰⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a toutefois tranché cette question à propos de la technique policière qui consiste à infiltrer des agents dans des milieux criminels ou, dans la lutte contre le trafic de stupéfiants, à pratiquer le pseudo-achat pour démasquer les dealers. Selon la Cour, pour autant que ces agents – et donc, par analogie, les testeurs – ne fassent pas naître de résolution criminelle chez les personnes testées, ce procédé est admissible¹¹⁰. En d'autres termes, si les testeurs se bornent à mettre en place les conditions à la commission de l'infraction et la constatent par leur présence passive, ce n'est pas de la provocation et le procédé est acceptable. La bonne organisation d'un test de situation requiert donc des consignes très claires pour que les testeurs ne se voient pas reprocher d'encourager la personne observée à adopter un comportement discriminatoire.

Une nécessité d'aller plus loin

Il est temps de dépasser les réactions épidermiques et de prendre le test de situation pour ce qu'il est : un simple outil permettant aux victimes de discriminations directes de se ménager une preuve en justice. Aujourd'hui, cet outil paraît nécessaire dans de nombreux Etats européens pour établir et faire cesser des formes criantes de discriminations par le recours à des actions en justice. La mise en œuvre des législations anti-discrimination passent par le recours à des modes de preuve moins classiques dans le cadre de garanties méthodologiques, procédurales et le respect des droits de chacun. Autrement, le principe juridique d'égalité de traitement risque de se voir réduit au rang d'une déclaration de bonne intention, confiné dans des textes juridiques sans lien avec les réalités sociales.

¹⁰⁹ C.E., avis n° 32.967/2 du 4 février 2002, donné à la demande du Président de la Chambre des représentants, dans le cadre de l'examen du texte qui aboutira à la loi précitée du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination.

¹¹⁰ E.C.H.R. 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c. Portugal*. Voy. aussi la jurisprudence hollandaise qui a refusé d'assimiler le test de situation à une forme de provocation (pour le droit pénal : HR 18 octobre 1988, N.J. 1989, 476 ; pour le droit civil : HR 24 novembre 1981, R.V. 1981, 115).