



CENTRE POUR L'ÉGALITÉ
DE TRAITEMENT

**Actes de la
JOURNÉE DE REFLEXION SUR LE
TESTING :
Comment utiliser des tests de
discrimination ?**



"Levons les barrières de la discrimination"



Ce projet a été réalisé dans le cadre du Plan d'action national d'intégration et de lutte contre les discriminations avec le soutien de l'OLAI.

Le CET est seul responsable du contenu de ce document.

La journée de réflexion sur le testing ainsi que l'impression de ce document (et la production d'un film) ont été réalisées dans le cadre du Plan d'action national d'intégration et de lutte contre les discriminations avec le soutien de l'OLAI.

Le film qui résume la journée entière en une demi-heure est consultable via le lien Internet suivant : <http://cet.lu/2012/12/film-testing/>

Luxembourg, janvier 2013



CENTRE POUR L'ÉGALITÉ
DE TRAITEMENT



"Levons les barrières de la discrimination"

26, place de la Gare L-1616 LUXEMBOURG

www.cet.lu

Journée de réflexion sur le testing Comment utiliser des tests de discrimination?

Quand? vendredi, le 5 octobre 2012
Où? au siège de Info-Handicap,
65, Avenue de la Gare
L-1611 Luxembourg (2e étage)

Programme

- 09.30 heures **Accueil**
10.00 heures **Ouverture**
Patrick DE ROND, Président du Centre pour l'égalité de traitement
Christiane MARTIN, Directrice de l'Office luxembourgeois de l'accueil et de l'intégration
- 10.15 heures Benjamin ABTAN, European Grassroots Antiracist Movement (France)
Premières European Testing Nights : quelles avancées militantes, européennes et politiques?
- 10.50 heures Bruce ROCH, Adecco Groupe (France)
Retour d'expérience d'un testing sollicité
- 11.25 heures Pascal TISSERANT, Université de Lorraine (France)
Mesurer la diversité par le testing: le cas de la discrimination au port du voile islamique à l'embauche
- 12.00 heures **Repas offert sur place**
- 13.00 heures Me François MOYSE, Etude DSM DI STEFANO MOYSE (Luxembourg)
Le testing est-il un mode de preuve acceptable au Luxembourg?
- 13.45 heures Daniel ATZENHOFFER, Défenseur des droits (France)
Le testing en droit français : l'expérience de la HALDE et du Défenseur des droits
- 14.20 heures Michaël BENNETSEN & Martin FORTEZ, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique)
Le test de discrimination : contesté certes, mais contestable?
- 14.55 heures Alexander KLOSE, Büro für Recht und Wissenschaft (Allemagne)
Rechtliche und methodische Anforderungen an Testing-Verfahren in Deutschland
- 15.30 heures Magali DE ROCCO, Resonord & Charel SCHMIT, Université du Luxembourg (Luxembourg)
Documenter, analyser et comprendre les inégalités de traitement - quelles approches choisir?
- 16.05 heures **Table ronde**
Modération: Jozef DE WITTE, Président d'EQUINET (European network of equality bodies)
Participants:
Daniel ATZENHOFFER, Défenseur des droits (France)
Martin FORTEZ, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (Belgique)
Me Tania HOFFMANN, Etude GABBANA & HOFFMANN (Luxembourg)
Alexander KLOSE, Büro für Recht und Wissenschaft (Allemagne)
Pascal TISSERANT, Université de Lorraine (France)
- 17.15 heures **Clôture**

Inscription gratuite jusqu'au 1er octobre 2012 par courrier électronique: info@cet.lu ou téléphone: +352 26 48 30 33
Une traduction orale simultanée français-allemand est garantie.



Cette journée est réalisée dans le cadre du Plan d'action national d'intégration et de lutte contre les discriminations avec le soutien de l'OLAI.

**Introduction par M. Patrick DE ROND,
Président du CET (Centre pour l'égalité de traitement)**

Selon Monsieur DE ROND, le *testing* est intimement lié au problème de la preuve, car en matière de discrimination, tout est lié à la preuve que l'on pourra fournir. Le *testing* est ainsi un moyen d'obtenir justice. Il aide à déceler une discrimination: il s'agit de comparer le traitement d'une personne de référence avec d'autres personnes susceptibles d'être discriminées.

Les tests de discrimination constituent ainsi un instrument utile. Il fait référence à l'exemple du Bureau International du Travail. Sa méthode datant de 1992 a été reprise par les associations engagées contre les discriminations. Une reconnaissance de ce mode de preuve a eu lieu en 2000.

Cette journée de réflexion est destinée à nourrir la réflexion au Luxembourg sur le *testing*. Cette activité fait partie du Plan d'action national d'intégration et de lutte contre les discriminations.

**Mots de bienvenue de Mme Christiane MARTIN,
Directrice de l'OLAI (Office luxembourgeois de
l'accueil et de l'intégration)**

Madame MARTIN souhaite la bienvenue aux participants, tout en exprimant le regret qu'il n'y ait pas encore plus de monde. En effet, on retrouve ce qu'elle appelle le « groupe des convaincus » à chaque manifestation autour des discriminations, mais il est dommage qu'il n'y ait pas plus de représentants du monde des entreprises. Pourtant, la Charte de la diversité a été lancée et elle compte actuellement 42 signataires.

Concernant le sujet du jour, Madame MARTIN constate qu'il existe très peu de jurisprudence qui y soit relative. Elle souligne que pour l'OLAI le thème du *testing* est un sujet de préoccupation depuis le début. Elle souhaite plein succès à la conférence.

M. Bruce ROCH, Adecco Groupe (France)

Retour d'expérience d'un testing sollicité

La présentation tourne autour d'une étude de cas. L'orateur rappelle que le *testing* est un test de discrimination.

Le procédé du *testing* consiste à proposer deux candidats identiques en tout point, à l'exception d'un critère (discriminatoire), et ce afin de mesurer le risque de discrimination lié à ce dernier.

Il permet de mesurer le risque de discrimination : dans le cas présent, il s'agit de l'accès au groupe ADECCO.

Il convient de distinguer les tests de discrimination de nature judiciaire, pour lesquels il faut une victime réelle parmi tous les candidats proposés, et les tests de discrimination employés à des fins diagnostiques, p.ex. ceux sollicités par des entreprises. Ces derniers tests concernent toutes sortes de sociétés, destinés à aller vers une mesure de la discrimination. Pour les mener à bien, il faut une méthodologie particulière. Celle d'ADECCO est très stricte et elle est reconnue par les tiers opérateurs.

Le groupe a réalisé durant plusieurs années consécutives des tests de discrimination et ce afin d'évaluer l'exposition de ses pratiques de recrutement au risque de discrimination. En effet, il n'est aucunement dans l'intérêt du groupe de procéder à des discriminations, et ce pour des raisons tant d'ordre économique et juridique que pour des raisons relationnelles, d'éthique ou de réputation.

Le groupe a ainsi choisi de rendre public ses résultats qui permettent de constater au fil des ans des différences de traitement fondées notamment sur le critère de l'origine. Il continue de prendre de nombreuses mesures de lutte contre toute forme de discrimination (formations obligatoires des salariés du groupe, communications externes sur la discrimination...).

Le groupe concerne 1,5 millions de candidats, c'est une population à risque de discrimination, surtout dans les métiers de l'industrie, du secteur tertiaire et du bâtiment. En 2011, 650.000 personnes ont travaillé au moins une heure pour le groupe.

Chaque candidat a des compétences permettant de faire du chiffre d'affaires. Or, écarter un candidat peut être très négatif pour la réputation du groupe.

La diversité apporte une plus-value, pour autant qu'elle soit managée : il faut donc un bon management interculturel et intergénérationnel. L'effet d'une condamnation judiciaire pour discrimination peut être désastreux.

Les règles internes veulent qu'il faille refuser une discrimination en argumentant. Si résistance il y a par une entreprise cherchant un intérimaire, le salarié de l'agence doit en conférer avec son manager. Si des critères discriminatoires sont alors toujours demandés par l'entreprise en cause, il faut refuser le client.

En 1999-2000 une 1ère étude a été menée. Le groupe a créé un défenseur des droits interne pour traiter les réclamations et faire de la résolution. Un numéro gratuit a été mis à disposition et une formation des responsables a eu lieu. Il a été constaté que dans des agences, il y avait une résistance face au refus à avoir quant à des commandes discriminatoires. Puis la formation a été élargie aux responsables du recrutement et ensuite à tous les autres salariés.

Une campagne d'affiches avec des robots a été lancée (pour montrer l'absurdité des discriminations), un guide des Ressources Humaines a été rédigé, un outil de *reporting* a été créé. Une lettre d'engagement a été exigée de chaque manager. Des mesures en interne ont été encore prises, telle l'adoption d'une ligne managériale, une hotline, une commission paritaire ou bien la mise en place d'actions positives.

Quant au *testing*, une première expérience a été menée en 2006, mais la méthodologie n'était pas assez satisfaisante. Ainsi, le *testing* a été fait par une association tierce. On a utilisé la méthode du B.I.T..

Trois circuits ont été utilisés: le test a été annoncé dans la presse et sur la toile, une visite mystère a eu lieu en agence et des appels mystères ont été effectués (p.ex. pour le télémarketing). Trois critères ont été testés en 2008 : l'origine, le genre et l'âge. Il faut que le test soit discret. En général, un test dure un an.

La communication s'est faite par le site internet et par intranet, ainsi que par le défenseur des droits, les syndicats étant informés. L'orateur souligne qu'il s'agit d'un outil de management et pas de sanction. Il est destiné à avoir une restitution en entreprise.

Monsieur ROCH présenta ensuite les principaux résultats: la moitié des agences ont été testées. Il a été testé d'abord 14 métiers, puis dans une 2e vague, 33 métiers ont été testés, à l'exclusion du secteur du bâtiment. Le groupe a dû mettre en place 60 lignes téléphoniques différentes pour mener à bien les tests, car c'est une opération très complexe.

Il a été constaté qu'entre deux *testings*, 50 pourcent donnent le même résultat. Dans la phase 1, pour les critères du sexe et de l'âge, on ne peut pas conclure à une discrimination. Seul le critère de l'origine permet de constater des écarts discriminatoires, en ce qu'une candidature maghrébine est moins souvent acceptée, surtout chez les jeunes, par rapport à des candidatures « hexagonales ».

On remarque enfin que le *testing* sollicité est plus favorable pour une entreprise que le *testing* non-sollicité (par une association ou une autorité).

M. Pascal TISSERANT, Université de Lorraine (France)

Mesurer la diversité par le testing : le cas de la discrimination au port du voile islamique à l'embauche

Depuis la fin des années 90, la thématique de l'égalité de traitement et des chances a pris de l'ampleur. La problématique de l'ENDD (égalité, non discrimination, diversité) cherche à réduire les inégalités de traitement tout en favorisant le respect des différences et l'inclusion. Toutefois, il est absolument nécessaire de mettre en place des dispositifs permettant d'observer de près la discrimination si l'on veut réduire les inégalités de traitement. Un des moyens pouvant être utilisé est le *testing*.

Dans le cadre du Master 2 - psychologie du travail de l'Université de Lorraine, un test de discrimination à l'embauche à l'encontre des femmes présentant un patronyme maghrébin associé au port du voile islamique a été réalisé dans un but scientifique (et non juridique).

En effet, le voile islamique est un sujet d'actualité constituant un symbole religieux genré, un marqueur identitaire fort et mobilisant des enjeux politico-médiatiques importants.

Ainsi l'orateur fait référence à :

- l' « affaire du voile » et la loi de 2004 relative au port de signes religieux ostentatoires dans les écoles publiques ;
- la loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ;
- en septembre 2012, le fait que la présidente du Front National plaide pour l'interdiction du voile et de la kippa dans tous les lieux publics.

Sur la base des travaux d'Amadiou (2006) et de Cediey et Foroni (2007), 808 CV ont été envoyés par couples en réponse à des offres d'emploi de secrétaires publiées de janvier à juin 2007 dans plusieurs régions de France.

Le premier couple de CV manipule la variable ethnique à partir du patronyme et de la photo ; le second associe au même CV standard, un CV au patronyme maghrébin identique à celui du premier couple et une photo de la même jeune fille mais portant, dans cette condition, un voile blanc couvrant ses cheveux et son cou. Cette deuxième variable teste donc l'effet du voile islamique ou hijab associé au patronyme maghrébin.

L'effet de l'ordre ou encore du contenu et de la forme du CV ont été testés et garantissent la validité des résultats obtenus. Après avoir écarté les doubles absences de réponse et les doubles refus, 326 envois sont retenus pour l'analyse, 171 pour le premier couple et 155 pour le second.

Les résultats de ce test permettent, a priori, de conclure que le port du voile islamique en France constitue un frein très important à l'embauche.

Ainsi, les résultats attestent d'une tendance à la discrimination pour la première variable: 50 réponses positives et 9 négatives pour le CV standard, contre 42 et 20 respectivement pour le CV de la jeune femme au patronyme maghrébin. De son côté, l'effet de la seconde variable est éloquent : une seule entreprise a souhaité donner une suite favorable au CV de la jeune fille voilée contre 56 pour celle du CV standard.

Il ressort de cette étude que c'est avec certitude que l'on peut convenir que le procédé du *testing* permet de dresser un état des lieux de la discrimination. Toutefois, il ne s'agit pas là d'un procédé permettant directement d'y remédier.

Le *testing* sert ainsi de méthode visant à mieux comprendre les freins à l'embauche de certaines catégories de la population et ses résultats permettent de dialoguer avec les employeurs à propos du rôle du *testing* et des procédures de recrutement à développer afin de réduire le risque discriminatoire.

**Me François MOYSE, Etude DSM DI STEFANO MOYSE
(Luxembourg)**

***Le testing est-il un mode de preuve acceptable au
Luxembourg ?***

Au Luxembourg, le *testing* est d'une part absent des textes de loi, et d'autre part, la jurisprudence n'a jamais eu à se prononcer sur ce procédé.

Le *testing* ou test de situation est un mode de preuve développé en droit de la discrimination. On trouve la définition suivante sur internet (Wikipedia) :

Le testing, test de situation ou test de discrimination, est un moyen d'investigation et une forme d'expérimentation sociale en situation réelle destiné à déceler une situation de discrimination. Dans le cas le plus simple, on compare le comportement d'un tiers envers deux personnes ayant exactement le même profil pour toutes les caractéristiques pertinentes, à l'exception de celle que l'on soupçonne de donner lieu à discrimination.

Il faut d'abord confronter l'utilisation de ce type de procédé aux règles générales du droit de la preuve. La règle habituelle veut que celui qui demande quelque chose au tribunal, c'est-à-dire le demandeur, doive prouver ses allégations. Et ce, selon l'adage latin *Actori incumbit probatio*. Ce principe est contenu dans l'article 1315 du code civil luxembourgeois.

Le nouveau code de procédure civile luxembourgeois prévoit un certain nombre de modes de preuves classiques. Or, on se heurte à des difficultés en matière de preuve en matière de discrimination. Très souvent, il est difficile de prouver la raison pour laquelle on a été moins bien traité qu'une autre personne.

Dès lors, le droit de la discrimination a prévu que la charge de la preuve soit allégée, en élaborant un mécanisme de partage de la charge de la preuve : ainsi le demandeur doit amener au juge certains éléments qui font penser qu'il peut y avoir discrimination, sans qu'elle soit entièrement prouvée. Il s'agit d'une présomption simple de discrimination. A ce moment-là, c'est à la partie qui se défend qui doit, à son tour, apporter des éléments contraires, démontrant qu'il n'y a pas eu discrimination.

Parmi les nouveautés des directives européennes 2000/43/CE 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 et 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, on trouve l'utilisation des statistiques (considérant n°15).

En France, on compte plusieurs exemples, depuis plusieurs années, de condamnations d'acteurs ayant commis des discriminations en matière de location, de discothèques ou encore de travail.

Le *testing* a été ainsi accepté comme étant un moyen de preuve valable, notamment par un arrêt assez connu de la Cour d'Appel de Paris dans l'affaire du Moulin Rouge en 2003. La Cour a condamné ce célèbre cabaret pour avoir discriminé à l'égard de travailleurs de couleur noire.

Au Luxembourg, il n'y a pas de texte spécifique en la matière, ni d'ailleurs de jurisprudence. Selon l'article 348 du Nouveau Code de Procédure Civile, « *les faits dont dépend la solution du litige peuvent à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* ».

Mais la loi du 28 novembre 2006 sur l'égalité de traitement (et celle du 29 novembre 2006 concernant la fonction publique) ne prévoit rien sur ce mode de preuve.

Le test de discrimination à des fins probatoires risque toutefois de se heurter au principe de loyauté de la preuve.

Il faut donc espérer qu'un tribunal luxembourgeois tranche en faveur de l'admissibilité de ce procédé comme mode de preuve, car l'effectivité de la lutte contre les discriminations est étroitement liée aux règles de preuve en la matière.

**M. Daniel ATZENHOFFER, Défenseur des droits
(France)**

***Le testing en droit français : l'expérience de la HALDE
et du Défenseur des droits***

L'orateur présente d'abord l'institution qu'il représente et souligne que le Défenseur des droits a repris les activités de quatre anciennes autorités administratives indépendantes, à savoir : le médiateur de la République, le défenseur des enfants, la Commission Nationale de Déontologie et de Sécurité et la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité.

Le *testing* a été introduit en France au début des années 2000 à l'initiative des associations contre le racisme et notamment en matière d'accès aux établissements de nuit.

Le représentant du Défenseur des droits a attiré l'attention sur la distinction qu'il convient d'effectuer entre les tests de discrimination à vocation sociologique qui visent à établir des « tendances générales » et les tests de discrimination à vocation probatoire qui tendent, quant à eux, à démontrer un comportement précis attribué à une ou plusieurs personnes déterminées.

Le monde judiciaire français a eu une réaction mitigée à l'égard des tests de discrimination à vocation sociologique, mais a également opposé une forte résistance à l'égard des tests de discrimination en tant que mode de preuve (une note des procureurs généraux s'insurgeant contre ces opérations fut rédigée) dans la mesure où ceux-ci se heurteraient à trois grands principes du droit, à savoir :

- l'interdiction de la provocation à commettre une infraction. Il renvoie à un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) du 9 juin 1998, *Teixeira de Castro contre Portugal* ;
- le respect de la vie privée : voir l'arrêt de la CEDH du 15 juin 1992, *Lüdi contre Suisse* (sur les agents infiltrés). La Cour de Strasbourg a validé la méthode d'infiltration, sous certaines conditions: ce mode de preuve serait admissible s'il ne fait pas naître une résolution criminelle auprès de l'auteur ;

et

- le principe de loyauté de la preuve. L'orateur se réfère ici à trois décisions de justice, à savoir celle de la Cour d'Appel de Montpellier du 5 juin 2001, pour laquelle « *la méthode de «testing» employée par l'Association SOS Racisme est un mode de preuve qui n'offre aucune transparence, et n'est pas empreint de la loyauté nécessaire à la recherche des preuves en procédure pénale, et porte atteinte aux droits de la défense* », l'arrêt de la Cour de Cassation française du 11 juin 2002, qui autorise l'utilisation du *testing* si « *une libre discussion contradictoire des éléments de preuves rapportés a pu avoir lieu* » et un arrêt du 7 juin 2005 de la même Cour, qui consacre la régularité des testings téléphoniques.

Par la suite, les tests de discrimination à finalité probatoire ont été légalement consacrés comme outil probatoire à l'article 225-3-1 du code pénal français, qui indique que :

« Les délits prévus par la présente section sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés dans l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie. »

En ce qui concerne les tests de discrimination à vocation sociologique, la HALDE respectivement le Défenseur des droits, se réfère à certains tests effectués auparavant, à savoir :

- en 2006, le *testing* autour de l'emploi privé auprès des sociétés BNP, SODEXHO, LVMH ;
- en 2008, le *testing* autour du logement fait dans les villes de PARIS, EVRY et LILLE ;
- en 2009, le *testing* autour de l'emploi dans le commerce du prêt-à-porter.

Quels sont le bilan et les enseignements à tirer de ces constatations ?

Les tests de discrimination à finalité probatoire sont un outil usuel du Défenseur des droits, surtout en matière d'emploi et de logement, à savoir un outil de gestion des dossiers (pour les traiter ou les classer). Il s'agit soit de tests téléphoniques ou sur place, soit faits par courrier, afin de corroborer les éléments déjà là.

Ils supposent toutefois le suivi d'une méthode particulière et connaissent un certain nombre de contraintes (le test doit être rigoureux) et limites s'ils veulent être réellement probants. A ce titre, ce type de test doit se limiter à comparer des situations similaires, doit être fondé sur une situation réelle (la pratique de l'auto-testing – par la victime – est répandue et souvent les résultats en sont envoyés au Défenseur des droits), et doit être constaté par des témoignages de tiers objectifs (police, agents assermentés...).

Il convient encore de retenir qu'un test apparemment probant ne constitue pas une preuve formelle de discrimination, mais simplement un commencement de preuve.

Il cite ainsi un arrêt de la Cour de Cassation française du 12 octobre 2004, selon lequel : « *En l'absence d'une quelconque intention de discrimination chez les prévenus, la seule acceptation de personnes d'origine européenne ne serait conférer au refus incriminé le caractère discriminatoire qui lui est prêté.* »

Enfin, selon l'auteur, les tests sont en outre exclus en matière civile, notamment par le système de l'aménagement de la preuve et parce que la preuve n'est pas libre.

**M. Michaël BENNETSEN et M. Martin FORTEZ,
Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le
racisme (Belgique)**

***Le test de discrimination : contesté certes, mais
contestable ?***

M. FORTEZ commence en posant la question : comment le *testing* est-il utilisé en Belgique? Il ne l'est pas de manière scientifique.

La législation belge a fait l'objet d'une évolution en ce qui concerne le *testing*. Ce procédé avait été consacré textuellement dans l'ordre juridique belge à l'occasion de l'adoption de la loi du 25 février 2003. En vertu de cette loi, le juge ne pouvait plus refuser d'admettre le test de situation comme mode de preuve, et ce mode de preuve permettait en outre de provoquer le partage de la charge de la preuve.

Cependant, face aux réticences politiques, aux vives controverses de la part des organisations patronales mais aussi du monde associatif (crainte de règles trop rigides) et du monde judiciaire (qui considérait qu'en droit pénal ce genre de test équivaldrait à une provocation) qui ont été suscitées par l'adoption de ce texte, et surtout suite à certaines remarques de l'Europe et à un arrêt de la Cour Constitutionnelle belge, une adaptation de la loi du 25 février 2003 précitée était devenue nécessaire. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'adoption de la loi du 10 mai 2007, la référence expresse au *testing* a disparu.

Toutefois, cela ne saurait signifier que le *testing* est désormais exclu des modes de preuve de la discrimination, le législateur faisant désormais référence au concept de personne de référence et au test de récurrence et à un test de comparabilité, sans pour autant exclure d'autres modes de preuve. Et donc, le test de discrimination est toujours admissible au civil.

En pratique, dans la jurisprudence belge, il n'y a pas de décision directe sur un test, mais différentes décisions concernant des tests de situation qui témoignent, en allant dans des sens divergents, des difficultés entourant pareils tests, qui consistent en des processus délicats et difficiles.

Ainsi, les constatations de tiers ont été rejetées comme n'étant pas objectives, car elles provenaient d'amis de la victime (en droit pénal). Cela ne veut pas dire que le *testing* ne sera jamais accepté, mais la méthodologie doit être rigoureuse.

Au civil, le *testing* permet de rassembler des éléments de preuve (dans le cadre du mécanisme de partage de la charge de la preuve). L'orateur rapporte un cas de refus d'accès de maghrébins à un centre de fitness (filmé par la télévision). Or, la Cour d'appel a rejeté cette preuve et la Cour de cassation belge a confirmé cet arrêt, au motif qu'il n'y existait pas de base légale à l'utilisation de ce mode de preuve.

Un autre cas concernait le refus de louer un logement à un couple homosexuel. Or, le juge valida cette fois-ci la méthode du *testing*.

Il s'agit en tout cas d'une pratique du Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Il ne le pratique pas lui-même, mais encourage les victimes à le faire, en suivant des règles méthodologiques. Le *testing* est enfin utilisé comme outil dans les négociations.

M. BENNETSEN consacra son intervention au *testing* scientifique.

Dans le cadre du premier Baromètre de la diversité, le *testing* a été utilisé dans les domaines de l'emploi, du logement et de l'enseignement par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme.

Une des trois études réalisées dans le cadre du baromètre de la diversité « emploi » est basée sur la méthodologie des tests agrégés. La question de base sous-tendant cette étude était : *quel est le degré de discrimination subie par différents groupes minoritaires sur le marché d'emploi ?*

Il présente ainsi une étude expérimentale sur la discrimination, intitulée : « *Qui est prioritaire : Les jeunes Turcs ou les jeunes quinquagénaires ?* ». Elle concerne la discrimination en raison des caractéristiques personnelles lors de la première sélection de candidats à l'embauche.

L'ambition était de faire une enquête représentative. L'entièreté du marché de l'emploi était visée et plusieurs critères ont été utilisés en même temps.

Les tests ont été réalisés sous forme de tests de correspondance, en envoyant des CVs et des lettres de motivation en réponse à des offres d'emploi. Au total, 1708 candidatures ont été envoyées pour un nombre de 854 offres d'emploi. Pour chaque offre, les candidats avaient tous un profil qui correspondait parfaitement avec les compétences demandées.

Des lettres de candidatures ont été envoyées, avec 2 candidats identiques (le profil de référence était une personne de 35 ans d'origine belge), puis les critères de l'âge, de l'origine nationale, du handicap physique léger, du genre et de la grossesse ont été modifiés.

Le modèle d'interprétation prend en compte la situation des candidats appartenant aux groupes cibles par rapport aux candidats de référence. Ainsi, le modèle a permis de distinguer 3 catégories :

- Désavantage discriminatoire : Le candidat de référence est invité mais pas l'autre.
- Avantage discriminatoire : Le candidat de référence n'est pas invité mais l'autre bien.
- Égalité : Les deux candidats sont soit invités, soit pas.

Les résultats montrent des écarts significatifs concernant l'âge et l'origine étrangère, mais peu importants pour le handicap et l'état de grossesse. Il n'y a pas eu d'écart en ce qui concerne le genre.

Ces résultats montrent en substance ce qui suit:

- › Il existe des preuves de discrimination lors d'une première sélection sur le marché belge de l'emploi pris dans son ensemble.
- › Cette discrimination est principalement exercée sur les personnes qui ne sont pas d'origine belge et les personnes plus âgées par rapport aux jeunes.

Au niveau agrégé, il n'a pas pu être établi de preuves de discrimination en raison du genre lors de la sélection.

L'étude sur base de tests agrégés a été réalisée avec le soutien des quatre niveaux institutionnels en Belgique, le niveau fédéral et les régions Bruxelloise, Wallonne et Flamande. Pourtant, cette étude a été fort critiquée par les partenaires sociaux, et surtout par les représentants des entreprises.

En outre, les résultats et en partie la méthodologie sont depuis lors fort débattus.

Ainsi, la réalisation de ce type de *testing* reste un processus délicat et difficile, mais il s'agit d'une méthode valable méritant d'être davantage exploitée.

**M. Alexander KLOSE, Büro für Recht
und Wissenschaft (Allemagne)**

***Contraintes juridiques et méthodiques du procédé du
testing en Allemagne***

En Allemagne, alors que les procédures de candidature anonyme à un emploi ne sont que très peu développées, les demandeurs d'emploi sont susceptibles d'encourir des risques de discrimination. Cependant, lorsque ces derniers font l'objet d'inégalité de traitement, la preuve en sera difficilement rapportable, d'où l'intérêt du *testing*.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi générale sur l'égalité de traitement en 2006, il n'y avait pratiquement pas eu de recours au *testing*. Depuis, ce sont surtout des organismes privés qui utilisent cette méthode, en particulier dans les loisirs.

Des études ont été menées sur la discrimination raciale dans les discothèques à Hambourg et à Leipzig. Il y eut des condamnations à des amendes, suite à des plaintes pénales.

Dans le domaine du logement, on a testé la discrimination des migrants d'origine turque, et ce en trois étapes. En utilisant des profils de personnes avec ou sans caractéristique migratoire, 400 demandes ont été envoyées par internet, 24 contacts téléphoniques ont eu lieu et ces contacts ont abouti à une visite des lieux dans seulement 8 cas.

Les résultats ont montré qu'au téléphone ceux qui offraient des logements vacants traitaient moins bien les candidats « turcs » que les candidats autres dans 19% des cas. Sur internet, pour 42 % des offres, des réponses étaient données à des « Allemands » et non aux migrants turcs.

Dans le troisième domaine, celui de l'emploi, deux études ont été menées. La première est relative aux migrants turcs, pour laquelle 1056 candidatures écrites ont été envoyées, pour un stage dans le cadre d'études d'économie. Il y eut des réponses positives de 40 % pour les Allemands et de 35 % pour les Turcs.

Une autre étude concernait la discrimination des employés d'origine étrangère. Au téléphone, pour des emplois semi-qualifiés, on a trouvé un taux de 19 %, alors que par écrit, pour des emplois plus qualifiés, aucun écart statistique significatif n'a été signalé.

En raison de la pluralité des formes de discrimination susceptibles d'être pratiquées, différents types de *testing* sont envisageables, à savoir des tests à but scientifique ou à but juridique.

Il convient tout d'abord d'opérer une distinction entre les « *echte und unechte Testing-Verfahren* », à savoir les procédés de testing vrais (tests de situation) et provoqués (répétition avec témoins).

Dans le premier cas, le test consistera à vérifier si la personne testée traitera de façon inégale deux personnes présentant autant de caractéristiques similaires que possible, à l'exception du critère soumis au test. Dans la seconde hypothèse, le test consistera en revanche à déclencher un comportement discriminatoire ouvert devant des témoins.

Il convient par ailleurs également de distinguer entre les « *initiative und reaktive Testing-Verfahren* ». Le test dit « d'initiative » s'inscrit en dehors de tout cas préétabli de discrimination. La raison d'un tel test sera, par exemple, d'intenter une action en justice si une discrimination est établie à l'occasion de celui-ci. Le test dit de « réaction » sert, quant à lui, à établir des preuves de discrimination dans le cadre d'une procédure, destinées à permettre de gagner une affaire.

Il faut noter toutefois que le procédé du *testing* est à ce jour très peu utilisé en Allemagne, quand bien même celui-ci est de nature à permettre dans certains cas un aménagement et donc un allègement de la charge de la preuve au bénéfice de la personne se prétendant victime d'une discrimination. En effet, il faut tenir compte des contraintes juridiques d'un Etat de droit.

En droit pénal, on s'est demandé si les tests provoqués pouvaient constituer un abus de confiance (non) ou un faux en écritures (CV fictif). En matière de droit de la concurrence, est-ce de la concurrence déloyale?

En droit du travail, la surveillance d'un employé est admissible, à condition de ne pas être permanente.

Dès lors, ces principes de droit ne devraient pas empêcher le recours au *testing*. Selon le § 22 de la Loi générale sur l'égalité de traitement (LGE), le mécanisme de la charge de la preuve partagée est en vigueur.

Il devient de plus en plus difficile d'effectuer ce genre de tests, les opérateurs économiques étant devenus méfiants.

En résumé, les tests de situation sont très peu utilisés en Allemagne et il reste trois séries de questions ouvertes:

Quel est l'impact du *testing* sur la hauteur des indemnités allouées aux victimes?

Le *testing* est-il admissible s'il est effectué par une institution étatique, p.ex. la police (qui pourrait amener à provoquer des situations pénalement répréhensibles)?

Enfin, des considérations éthiques interviennent: le *testing* implique-t-il une tromperie dans le chef de ceux qui pratiquent le *testing*? Implique-t-il enfin une humiliation de ceux qui sont testés?

**Mme Magali DE ROCCO, Resonord et
M. Charel SCHMIT, Université de Luxembourg
(Luxembourg)**

***Documenter, analyser et comprendre les inégalités de
traitement : quelles approches choisir?***

Autour de la question visant à découvrir des discriminations, une étude a été réalisée sur le logement social dans la région Nord du Luxembourg. Le but de cette étude était la compréhension du droit et de l'accès au logement des personnes vivant dans des situations sociales « précaires » ou « vulnérables » et de comprendre notamment les mécanismes d'exclusion sociale.

On a eu recours à des méthodes ethnographiques, développées vers l'action dans l'intérêt de la personne, mais aussi de la collectivité. Le Resonord est une région du Luxembourg comptant 22.000 habitants et qui compte un office social intercommunal.

La méthode sur laquelle reposait cette étude était celle du reportage social (« Sozialreportage »), qui est une méthode explorative. Il s'agit de comprendre les inégalités et problèmes sociaux cachés, c'est une méthode de recherche et d'action avec interaction entre objectivité et subjectivité. La méthode d'exploration consiste à observer, documenter, interviewer, analyser, interpréter, avec participation.

Utilisée dans les sciences sociales, notamment l'ethnologie, cette méthode (qualitative) de recherche scientifique, expérimentée et appliquée dans les sciences sociales dont notamment l'ethnologie, est encore peu appliquée dans la recherche du travail social.

La problématique du logement est liée à l'insalubrité ou aux prix trop élevés du logement sur le marché et au manque de logements. Or, au Grand-Duché, 82 % des habitants sont propriétaires de leur logement, donc l'accès au logement locatif est difficile. Il existe une ambiguïté au niveau législatif quant à la question du logement social. Ce dernier est encore une problématique difficile, car il existe un marché ouvert (logements disponibles par annonces p.ex.) et un marché protégé (foyers etc.).

Il y a eu une étude de 6 cas. L'étude en question a permis de révéler des inégalités de traitement ayant cours sur le marché du logement, basées notamment sur les revenus de la personne ou du ménage, sur la situation familiale et/ou privée des personnes (p.ex. famille monoparentale) ou encore sur leur situation sociale.

Les facteurs d'exclusion sont des motifs d'ordre social, ethnique ou bien le genre.

Quelques réflexions découlent de cette étude. Le *testing* arrive-t-il à cerner les discriminations? La méthode du reportage social est-elle adaptée aux fins de compléter le *testing*? Peut-il y avoir combinaison de méthodes? Quels types de données doivent être recueillis? Et enfin, quel instrument faut-il utiliser pour comprendre le mécanisme de la discrimination? Il s'agit, en conclusion, de rapprocher les méthodes.

La démarche choisie dans le cadre de cette étude exploratoire a permis (1.) d'identifier des situations de discrimination et de traitement inégal existant, (2.) de comprendre les processus d'exclusion lié au logement, (3.) de conceptualiser le domaine du logement social à partir de son accès et des mesure de protection ainsi que (4.) de formuler des pistes d'action au niveau de l'intervention sociale, au niveau de la politique sociale communale ainsi qu'au niveau de la politique nationale en matière de logement.

**Table-ronde modérée par Mme Ingrid AENDENBOOM,
Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le
racisme (Belgique)**

**Participants : Daniel ATZENHOFFER (France),
Martin FORTEZ (Belgique),
Me Tania HOFFMANN (Luxembourg),
Alexander KLOSE (Allemagne) et
Pascal TISSERANT (France)**

Mme AENDENBOOM indique que plusieurs éléments resurgissent des interventions : le *testing* est fait souvent dans le domaine de l'emploi. Pourquoi ? Est-ce un choix délibéré, est-ce là où on compte le plus de discrimination ou bien la méthode est-elle la plus adaptée à ce domaine?

Il existe une certaine tradition autour de cette méthode déjà aux Etats-Unis. On constate que dans l'enseignement, elle est plus difficile à appliquer. Le *testing* est plus facile à utiliser dans les domaines de l'emploi et du logement. Et la discrimination dans ces domaines, c'est le quotidien.

La question se pose s'il y a un malaise autour de ce procédé? On créerait ainsi une situation fautive. Pourtant, par le test de situation, on ne crée pas de discrimination, mais on la trouve.

Il faut encore savoir quel type d'encadrement juridique est adapté et si on peut l'utiliser au pénal ou au civil, car on l'a vu, le *testing* est autorisé seulement au pénal en France.

S'en suit une discussion générale avec échange de points de vue sur l'emploi, les discothèques, le logement et l'école.

Le sentiment général est que le *testing* est nécessaire dans ces situations pour une prise de conscience et une confrontation avec les discriminations. Les tests de situation scientifiques dont les résultats sont publics amènent une interpellation publique. Et la pression médiatique fait réagir les entreprises.

Suite à une remarque de l'association Transgender, qui indique que les victimes transsexuelles ont peur de se plaindre d'une discrimination, la question est : est-ce que le *testing* en tant qu'instrument peut aider? Or, il apparaît qu'on touche là aux limites de cet instrument. Ce critère de discrimination n'est en effet pas visible, car cette caractéristique ne figure pas sur le CV et le test est donc difficile à opérationnaliser.

Une discussion a ensuite lieu autour du CV, notamment sur le recours au CV anonyme, en France, en Belgique et en Allemagne (il se pratique partout).

En conclusion, il apparaît que le *testing* est le plus effectif en combinaison avec tous les autres outils disponibles pour lutter contre les discriminations.

Il semble enfin que la méthode du *testing* et son application attirent particulièrement l'attention de la presse et le grand public en profite dans le cadre de la sensibilisation autour du thème de la discrimination.

Conclusions générales

Les débats autour du *testing* ont démontré l'intérêt du recours de ce procédé comme mode de preuve additionnel, permettant à une victime de se constituer une preuve de discrimination.

Certes, il apparaît que ce procédé ne peut être utilisé dans n'importe quelle condition et ne permet pas, en général, d'apporter une preuve absolue et dans tous les cas de figure, d'une discrimination avérée.

Pourtant, il s'agit d'un procédé fort utile, auquel les pays voisins du Grand-Duché de Luxembourg ont tous recours. D'ailleurs, tous les autres modes de preuve admissibles ont également leurs limites d'application.

Il conviendrait dès lors d'introduire dans la législation ce type de procédé, ensemble avec ses conditions d'utilisation et ses limites.

Ainsi, pourrait-on éviter le reproche qu'il s'agit d'un procédé qui pourrait être considéré comme dépourvu de loyauté. Les abus potentiels seraient également proscrits. Enfin, les juges disposeraient de lignes directrices ancrées dans un texte de loi, leur permettant d'appliquer ce mécanisme en toute sérénité.

La lutte contre les discriminations en sortirait renforcée.

