

Le « TESTING » Promotion de l'Égalité / Service juridique – août 2005
--

A - QU'EST CE QU'UN « TESTING » ?

1- Définition

Le Testing est **un mode d'enquête** destiné à établir l'existence d'une pratique discriminatoire. Il est particulièrement adapté pour identifier les situations de discrimination directe.

D'abord utilisé pour dénoncer les discriminations à l'entrée de boîtes de nuit ou des débits de boisson à l'égard de la clientèle supposée être d'origine étrangère, cette méthode tend aujourd'hui à devenir **un mode de preuve** de la discrimination devant la juridiction pénale dans **l'accès aux biens et aux services en général** (établissement de nuit, camping, commerce, logement...) mais également en matière d'accès à **l'emploi**.

Concrètement, le Testing consiste à constater l'attitude adoptée par un employeur, un propriétaire, un commerçant ou le personnel d'un établissement de loisirs lorsqu'il est confronté, d'une part, à un individu ou un groupe d'individus « de référence » et, d'autre part, à un individu ou un groupe d'individus susceptibles d'être discriminés en raison de leur origine réelle ou supposée, de leur âge, de leur sexe, de leur handicap, etc.

Pour que le Testing puisse être considéré comme pertinent, les candidats des deux groupes doivent être objectivement semblables (mêmes diplômes et expériences professionnelles, tenue vestimentaire similaire, garanties financières comparables, etc.) et se présenter dans les mêmes circonstances (répondre à la même période à la même offre d'emploi ou de logement, se présenter au même moment à l'entrée de la discothèque, etc.).

Enfin, pour que le Testing puisse être retenu comme probant par la justice, il importe que la différence de traitement entre le candidat de référence et celui susceptible d'être discriminé soit constatée par des témoignages de tiers considérés comme objectifs (idéalement huissier de justice, représentant des forces de l'ordre, agent ANPE, agent de maison de justice et du droit). Néanmoins, les témoignages de militants associatifs ou de proches des victimes, s'ils constituent un compte-rendu fidèle des propos tenus et de l'attitude adoptée, peuvent également concourir à l'établissement des faits devant le tribunal.

La société de travail temporaire ADIA a commandité une **enquête testing inédite** auprès de l'observatoire des discriminations dirigé par J.F. Amadiou, en **mai 2004**. Cette étude, **basée sur l'envoi de CV**, s'est appuyée pour **la première fois sur plusieurs variables** (genre, origine, lieu de résidence, apparence physique, âge et handicap).

Une deuxième enquête, produite en avril 2005 par l'observatoire des discriminations et l'entreprise de travail temporaire ADIA, va plus loin. Réalisée avec une caméra cachée, elle repose sur un « **testing vidéo** » au cours des procédures d'embauche. Elle est basée non seulement sur l'envoi de CV mais aussi sur les résultats obtenus après un entretien avec le recruteur pour les candidats qui ont eu la « chance » d'obtenir un tel entretien.

Les deux enquêtes confirment l'ampleur des discriminations, surtout à l'égard des personnes d'origine maghrébine, des handicapés et des quinquagénaires. La dernière étude d'avril 2005 montre par exemple que sur les six CV identiques envoyés pour des postes de commerciaux de niveau Bac + 2, les deux CV « de référence » (hommes blancs) ont totalisé plus de la moitié des réponses positives. Trois candidats ont des scores largement inférieurs aux candidats de référence : le candidat âgé (20%), la candidate d'origine maghrébine (8%) et le candidat obèse (7%).

La phase de testing lors de l'entretien révèle un **phénomène discriminant encore plus marqué**. Les candidats « de référence » obtiennent un taux de succès de **92%**, alors que la **femme d'origine maghrébine** et l'**homme d'origine antillaise** atteignent **67%**, le candidat **handicapé 46%** et le candidat de **plus de 50 ans** seulement **20%**.

L'enquête montre par ailleurs que les conditions d'emplois proposés aux candidats fortement discriminés sont nettement défavorables : pas de salaire fixe, journée d'essai, formation non rémunérée, etc.

2- Expériences étrangères

A l'exemple du Canada, du Danemark ou encore de la Suisse, les enquêtes testings se sont développées sous l'égide du Bureau International du Travail **dès le début des années 90** dans des pays comme : les Etats-Unis¹, l'Italie², la Belgique, l'Allemagne³, les Pays Bas⁴ et l'Espagne⁵ (les rapports sont téléchargeables sur le site du BIT : www.ilo.org).

Dans des pays comme les Etats-Unis ou encore le Canada, les enquêtes testings sont portées par une forte volonté politique et souvent réalisées par des organismes publics. En publiant des résultats d'enquête significatifs, l'opinion publique a été fortement sensibilisée à la réalité des discriminations.

Très peu d'enquêtes testings ont porté sur d'autres variables que l'origine. Aux Etats-Unis⁶, un Testing sur l'âge a été réalisé à partir de l'envoi de 2 groupes de CV (l'un mentionnant l'âge de 32 ans, et l'autre l'âge de 57 ans). Les CV ont été envoyés à plus de 2000 des plus importants employeurs et intermédiaires de l'emploi au niveau national. Un autre Testing a également été réalisé pour identifier les discriminations à l'embauche en raison du sexe dans le secteur de la restauration dans le bassin d'emploi de Philadelphie.

¹ *Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: Empirical findings from situation testing*, ILO, Geneva, 1997

² *Labour market discrimination against migrant workers in Italy*, ILO, Genève, 2002.

³ *Labour market discrimination against foreign workers in Germany*, ILO, Geneva, 1996

⁴ F. Bovenkerk, M. Gras and D. Ramsøedh: *Discrimination against migrant workers and ethnic minorities in access to employment in the Netherlands*, ILO, Geneva, 1995

⁵ *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*, ILO, Geneva, 1996

⁶ *Discrimination against racial/ethnic minorities in access to employment in the United States: Empirical findings from situation testing*, ILO, Geneva, 1997

La méthodologie des enquêtes BIT

Les enquêtes BIT ont été réalisées le plus souvent **dans de grosses agglomérations** et ont traité **principalement de la variable origine**, parfois croisée avec d'autres variables telles que le sexe, le lieu d'habitation (centre, périphérie) ou encore le niveau de compétence, mettant ainsi en évidence l'effet cumulatif des discriminations.

Elles ont porté sur une grande diversité d'offres d'emploi (des emplois de manœuvre aux emplois les plus qualifiés ...). Elles ont porté également sur toutes les catégories d'entreprises (quelle que soit leur taille) y compris celles connues pour leur politique d'égalité des chances.

Elles se sont en général appuyées sur des équipes mixtes (composition paritaire hommes/femmes). Agées de 19 à 29 ans, les personnes ont été recrutées parmi les étudiants et lycéens des établissements de la région concernée par l'enquête. Les modalités de sélection visaient à constituer des groupes homogènes avec une apparence physique (taille, poids, allure), une personnalité (tenue soignée, maturité...), des qualités relationnelles (qualité de l'expression orale, loquacité, propension à sourire...) assez proches.

Les personnes sélectionnées ont ensuite bénéficié d'une formation afin de les préparer à se présenter comme de véritables candidats à l'embauche et visait à expliquer la procédure de Testing, les modalités de recherche d'emploi. Durant la formation, l'équipe de chercheurs a élaboré des fictions relatives au parcours personnel de chaque candidat en complément du CV et les personnes sélectionnées ont également été mises en situation.

Afin de développer les enquêtes de Testing, le BIT a élaboré une méthodologie en 1992 (Bovenkerk, *A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of « race » and ethnic origin*, International Labor Office, Genève). Il s'agit de **la méthode « Bovenkerk »** qui conclut à une situation de discrimination dès lors qu'un **seuil différentiel de 15%** est atteint. Ce seuil correspond à l'écart différentiel entre les taux de refus des candidatures des deux groupes étudiés (le groupe issu d'une minorité et le groupe référent).

Le déroulement de la procédure de testing

Lorsqu'une offre d'emploi est identifiée, une personne issue du « groupe minoritaire » et une personne du « groupe référent » appellent l'employeur indiqué. Le test est considéré comme invalide dès lors que le numéro de téléphone est incorrect, ou que l'entreprise a déjà fait l'objet d'un testing. Le test est valide mais inexploitable lorsque les deux personnes ont une réponse de l'employeur pour leur dire qu'il a déjà embauché une personne ou que le poste exige d'autres compétences qui n'ont pas été spécifiées dans l'annonce. Le test est valide et exploitable lorsque au moins un des deux candidats fait l'objet d'une sélection initiale.

Parfois, la procédure de testing diffère selon le niveau de qualification requis pour le poste. Le testing en face à face est privilégié pour les postes semi qualifiés. La procédure est alors marquée par trois étapes au cours desquelles une discrimination peut se produire : l'entretien téléphonique, l'invitation à l'entretien en face à face, la réussite de l'entretien en face à face et l'obtention du poste.

Pour les postes plus qualifiés, une autre méthode a consisté à envoyer des CV équivalents à plusieurs employeurs.

Autres approches

D'autres études, menées hors cadre BIT, ont suivi un protocole d'enquête différent. Deux approches ont retenu l'attention à la lecture des rapports étrangers : l'approche testing « sandwich » et l'envoi de CV par mail.

Le **testing « sandwich »** consiste à demander à trois personnes (dont deux issus de minorités) de postuler à un même poste dans l'ordre suivant : les candidats issus de minorités postulent, l'un en premier et l'autre en dernier. La personne référente se présente donc entre les deux personnes issues du groupe minoritaire.

Le **testing basé uniquement sur l'envoi de CV par mail** permet de minimiser le coût de l'expérience mais cette approche ne mesure les discriminations qu'au premier niveau de sélection.

B – LES CONDITIONS D'OBJECTIVITE DU TESTING

En matière pénale, la preuve des faits peut être rapportée par **tous moyens**, y compris en organisant des opérations de Testing, mais ces éléments de preuve seront soumis à **l'appréciation souveraine des magistrats** saisis du dossier. Il est donc impossible d'affirmer à l'avance si une opération de ce type aboutira effectivement à une condamnation pénale.

L'analyse des décisions de justice rendues sur cette question permet de dégager les exigences généralement posées par les juges français pour considérer qu'une opération de Testing est probante d'un point de vue pénal.

Tout d'abord, afin d'assurer l'objectivité de l'opération et dans un souci de ne pas alimenter la confusion entretenue par ces établissements qui profitent du moindre prétexte pour refouler tous ceux qu'ils jugent « *indésirables* », les groupes constitués pour l'occasion doivent :

- Etre composés d'une même proportion de filles et de garçons ;
- Etre habillés correctement (selon les critères vestimentaires de l'établissement) ;
- Avoir un comportement calme ;
- Ne pas être des « *habitués* » de cet établissement ;
- Ne pas être tous membres de l'association qui organise le Testing afin d'éviter une mise en doute de l'objectivité de leurs témoignages (CA Montpellier 5 juin 2001 / appel de TGI Montpellier 28 novembre 2000).

Les groupes doivent de préférence être accompagnés par un **huissier de justice ou un officier de police judiciaire** chargé de constater la matérialité et le motif du refus, sous peine de voir le juge pénal considérer que les seuls témoignages des personnes participant à l'opération ne présentent pas les garanties suffisantes d'objectivité. Toutefois, le juge ne peut pas écarter purement et simplement le Testing au motif qu'aucune de ces autorités n'était présente : il a l'obligation d'apprécier les éléments de preuve ainsi présentés après que les parties en aient contradictoirement débattu.

Dans le même ordre d'idée, il est souhaitable d'obtenir le témoignage de tiers présents (invités, journalistes, clients) ne participant pas à l'opération, afin d'étayer la preuve de la discrimination raciale pratiquée (ponctuellement ou systématiquement) par l'établissement en cause.

Il peut être nécessaire de répéter l'opération afin de mettre en évidence le caractère systématique de la sélection discriminatoire.

C – LA RECONNAISSANCE DU TESTING COMME MODE DE PREUVE

Dans une affaire concernant trois patrons de discothèque, le tribunal correctionnel de Tours a condamné les dirigeants de ces établissements à des peines d'amendes allant de 450 à 1800 € et au paiement de dommages et intérêts. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel d'Orléans au motif que :

1. Il ressortait du constat établi par huissier de justice, des déclarations des jeunes et du témoignage d'une journaliste présente sur les lieux que les deux groupes composés de jeunes de type maghrébin n'avaient pas pu entrer dans l'établissement, au prétexte qu'il s'agissait d'un « *établissement privé* », alors que dans le même temps d'autres groupes de personnes de type européen entraient sans aucune difficulté.
2. Le journaliste et l'huissier de justice avaient pu entrer dans la discothèque alors même qu'ils n'étaient aucunement des habitués.
3. Les explications données par le portier et les dirigeants (« *ils ne correspondent pas à la clientèle* », « *ce ne sont pas des habitués* », « *ils ne sont pas accompagnés* », et enfin « *ces consignes sont destinées à mieux gérer les risques d'incidents* ») apparaissaient comme fluctuantes. Peu crédibles au regard des éléments objectifs mis en évidence par le constat et les témoignages parfaitement concordants déjà évoqués, elles sont autant de prétextes destinés à dissimuler la sélection discriminatoire pratiquée par cet établissement.

La Cour d'appel en a logiquement conclu que « *ces témoignages permettent de retenir que le refus de laisser entrer les deux groupes de jeunes était fondé uniquement sur un critère racial* ».

Les condamnés se sont alors tournés vers la Cour de cassation en tentant de remettre en question l'appréciation de la Cour d'appel. Le 12 septembre 2000, la Cour de cassation a rejeté leur pourvoi, considérant que les juges d'appel avaient « *caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnels, le délit dont elle a déclaré les prévenus coupables* »⁷.

Cette décision de la plus haute autorité judiciaire constituait, implicitement, la reconnaissance de la validité et de la pertinence du Testing comme mode de preuve de la discrimination. Cependant elle rappelait également que l'appréciation des faits et circonstances relève, dans chaque espèce, de la seule compétence des magistrats saisis du dossier.

⁷ Cour de Cassation chambre criminelle 12 septembre 2000 n° 99-87251

En juin 2002, la Cour de cassation a réaffirmé clairement sa position à l'égard du Testing en soulignant en premier lieu que, du point de vue de sa recevabilité, le caractère licite ou illicite du moyen de preuve utilisé est indifférent car « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'il auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale »⁸.

Cependant, si le juge pénal ne peut pas écarter purement et simplement un moyen de preuve, il apprécie souverainement sa valeur probante après l'avoir soumis à la discussion contradictoire des parties en présence. Autrement dit, un particulier ou une association peut utiliser le Testing mais il appartient au juge pénal d'apprécier, au cas par cas, si les constatations ainsi réalisées démontrent effectivement l'existence d'une discrimination.

La Cour de cassation donne ainsi tort à la Cour d'appel de Montpellier qui avait estimé que, **par principe**, le procédé de Testing « n'offre aucune transparence » et ne « respecte pas la loyauté nécessaire dans la recherche de la preuve ».

Dans son réquisitoire, l'avocat général de la Cour de cassation avait même estimé que « le Testing constitue un moyen de preuve pour faire reconnaître des discriminations raciales, même sans huissier de justice ». Il avait demandé aux magistrats de la Cour de se prononcer expressément sur les pratiques de Testing en estimant que ce mode de preuve devrait permettre à l'avenir de défendre plus efficacement ceux qui sont « refoulés » des boîtes de nuit, mais également ceux à qui l'on refuse la location d'un appartement, un emploi, etc.

D – LE TESTING TELEPHONIQUE

La preuve étant libre en matière pénale, les enregistrements sonores peuvent également être utilisés pour étayer la preuve au-delà du seul témoignage de la victime, que ce soit pour interroger directement l'auteur du délit sur les motifs du refus et/ou pour constater l'évolution de son discours lorsqu'il est sollicité par une personne se présentant avec un nom « bien français » et une personne ayant « l'apparence de l'origine étrangère ».

La Cour de cassation⁹ a ainsi été saisie d'un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 5 octobre 2004 qui condamnait pour discrimination raciale le propriétaire et la gérante d'une agence immobilière, qui avaient respectivement donné et appliqué des consignes pour ne pas louer aux personnes d'origine étrangère.

La preuve du délit avait été établie en confrontant le discours du propriétaire et de la gérante à des enregistrements de conversations téléphoniques réalisées à leur insu. Les arguments tendant à remettre en cause ces éléments de preuve ont été rejetés par la Cour de cassation qui souligne implicitement leur recevabilité dès lors que ces enregistrements ont pu faire l'objet d'un débat contradictoire entre les parties. Il appartient ensuite aux juges du fond d'en apprécier souverainement la force probante.

Plus simplement, il est possible de faire un Testing téléphonique en présence de témoins qui attesteront des circonstances des appels et des propos tenus à la fois par les Testeurs et la personne contactée.

⁸ Cour de cassation chambre criminelle 11/06/2002 N°01-85.560

⁹ Cour de cassation chambre criminelle 07/06/2005 N°04-87354

La Cour d'appel de Grenoble¹⁰ a condamné un employeur sur la base, du témoignage d'un agent ANPE rapportant les propos tenus au téléphone indiquant ouvertement un refus d'embaucher des candidats français d'origine maghrébine, propos confirmés par trois autres personnes qui ont également contacté l'employeur pour répondre à la même offre d'emploi.

Seul celui dont le nom n'avait aucune consonance étrangère avait obtenu un entretien, alors même qu'il s'était présenté comme n'ayant ni expérience, ni diplôme dans le secteur concerné. L'ensemble de ces éléments de preuve a permis à la Cour de considérer que le délit de discrimination était caractérisé.

¹⁰ Cour d'appel de Grenoble 18/04/2001 Mr Boumaza et SOS Racisme c/ Mr Lafay N°00/00657

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

Le ministère de la Justice a dressé un premier bilan de la pratique du Testing dans sa contribution au **Rapport d'activité 2001** de la Commission nationale consultative des droits de l'homme « La lutte contre le racisme et la xénophobie » (page 51)

www.ladocumentationfrancaise.fr/brp/notices/024000143.shtml

Historique du Testing publié dans « République métisse » n°2 (SOS Racisme – Reims)

www.sosracismereims.org/infos/rm/10.pdf

JURISPRUDENCE

Cass.crim., 12/09/2000, Fardeau, n° 99-87.251, pourvoi contre CA Orléans 2 novembre 1999, n°832/99 / appel de TGI Tours 29 avril 1999 n°1284

TGI Paris 23/10/2000, n° 0014705509

TGI Dijon 19/12/2000 SOS Racisme / MRAP / IDIR c/ RENARD (origine – testing téléphonique)

CA Grenoble 18/04/2001 Mr Boumaza et SOS Racisme c/ Mr Lafay n°00/00657

CA Grenoble 12/06/2002, MP et Jabri c/ Nicolay « Blue Note », n°0100712, appel de TGI Valence 18/05/2001, Jabri c/ Nicolay, jugement n°117101 (race – discothèques – fait unique - testing – rapport de police subjectif contredit par déclarations de gendarmerie)

TGI Mont-de-Marsan 26/02/2002, MRAP – Litim et autres c/ DIAS, jugement n°149 (appel interjeté auprès de CA Pau)

TGI Montpellier 03/04/2002, SOS Racisme et MRAP c/ Alcazar « Le Canécao », n°0124253 (discothèques – discrimination – constatations des gendarmes)

CA Toulouse 04/04/2002, SOS racisme et autres c/ Prud'homme B. (Royal PUB), jugement n°405

Cass. Crim. 11/06/2002, SOS Racisme, n° W 01-85.560 F-D / pourvoi contre CA Montpellier 5 juin 2001 (2 arrêts) / appel de TGI Montpellier 28 novembre 2000 (2 jugements)

TGI Lille 25/09/2002, SOS racisme et autres c/ Depréba et autres « Amnésia » (race – discothèque – testing – relaxe)

TGI Paris 22/11/2002, SOS Racisme et Marega c/ Beuzit et Association du Moulin Rouge « Le Moulin rouge » (race – emploi – enregistrement téléphonique – responsabilité de la personne morale - amende)

TGI Paris 14/11/2002, MRAP – LICRA – SOS Racisme et Essindi c/ Cantuel « La villa » (race – emploi – Cv annotés – amende)

CA Pau 11/09/2003 (discothèques le « Zig zag » - 3000 euros d’amende) – appel de TGI Mont-de-Marsan 26/02/2002, MRAP – Litim et autres c/ DIAS, jugement n°149

CA Paris 17/10/2003 Affaire « Moulin Rouge » / appel de TGI Paris 22/11/2002, SOS Racisme et Marega c/ Beuzit et Association du Moulin Rouge « Le Moulin rouge », DO juillet 2003 p.284 (race – emploi – enregistrement téléphonique – responsabilité de la personne morale - amende)

TGI Paris 17ème chambre 16/01/2004 Fatimata N’Diaye et SOS Racisme c/ Odette X (origine – testing téléphonique)

TC Lyon 18/01/2005 Sos racisme c/ Discothèques Lyon (origine – discothèques - Testing - relaxe)

Cour de cassation – chambre criminelle 07/06/2005 SOS Racisme et Malika HAMMOU c/ André LABATUT et Françoise MAUREL N°04-87354 (discrimination raciale - location immobilière – responsabilité du propriétaire et de la directrice de l’agence immobilière – preuve par enregistrement téléphonique)

testing, discrimination, preuve, recevabilité, emploi, logement, biens et services huissier, droit pénal