



Affaire Société d'exploitation des jeux automatiques champenois (SEJAC) c. France

(requête n° 62583/17)

Observations écrites de

L'EQUALITY LAW CLINIC DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

et de

UNIA

En qualité de tiers-intervenants

Bruxelles, 23 juin 2023



1. L'affaire *SEJAC c. France* est, à notre connaissance, la première dans laquelle votre Cour sera amenée à examiner la validité d'un « testing » au regard de l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Cette affaire aura ainsi des retombées particulièrement importantes sur la mise en œuvre du principe de non-discrimination consacré à l'article 14 de la Convention. Le testing est, en effet, l'un des moyens auxquels les organismes de promotion de l'égalité de traitement, la société civile, les victimes de discrimination et certains agents publics ont recours pour dépasser les obstacles de preuve considérables qui limitent l'effectivité de l'interdiction des discriminations. C'est au regard de ces implications qu'Unia, l'un des organismes de promotion de l'égalité de traitement¹ désigné pour la Belgique, et l'*Equality Law Clinic* (ELC) de l'Université Libre de Bruxelles, reconnue pour son expertise en matière de protection des droits fondamentaux², ont sollicité l'autorisation de votre Cour pour déposer les présentes observations³.

2. Cette tierce-intervention commence par clarifier les origines du testing et ses différents usages (I). Elle rappelle, ensuite, combien les discriminations raciales ou ethniques restent répandues en Europe. Les difficultés de les prouver en justice constituent un des obstacles majeurs à la mise en œuvre effective de leur interdiction (II). Pour y remédier, le testing est l'un des outils mobilisés dans de nombreux États européens. La légalité de son utilisation comme mode de preuve a été reconnue par nombre de juridictions nationales et, dans certains États, par le législateur (III). Seront enfin discutées les conditions que doit respecter un testing pour pouvoir servir de preuve en justice, à la lumière de votre jurisprudence relative à l'article 6, §1 de la CEDH et du droit comparé (IV).

I. Histoire et usages du testing

3. La méthode du testing (également appelé *test de situation* ou, plus rarement, *test de discrimination* ou *audit par couple*) est considérée par de nombreux chercheurs comme l'un des moyens les plus efficaces pour mettre en lumière et mesurer la discrimination⁴. Dispositif expérimental visant à

¹ Cette désignation est tirée du prescrit de l'article 13 de la Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

² L'ELC est une clinique juridique universitaire, créée en 2014 par les professeures Emmanuelle Bribosia, aujourd'hui juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, et Isabelle Rorive. L'ELC est parrainée par Françoise Tulkens (ancienne vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'homme) et David Oppenheimer (professeur à l'Université de Californie, Berkeley Law et directeur du *Berkeley Center on Comparative Equality and Anti-Discrimination Law*).

³ Ces observations ont été rédigées par les professeures J. Ringelheim, I. Rorive et V. van der Plancke au nom et pour le compte d'Unia et de l'ELC, avec la contribution de P. Charlier (co-directeur d'Unia) et de Martin Fortez (Unia). Elles s'appuient sur leurs précédentes contributions scientifiques sur la question, principalement : J.-F. Neven, J. Ringelheim et V. van der Plancke, « Les tests de situation et la méthode du client-mystère comme outils de détection et de preuve des discriminations », in J. Ringelheim, S. Van Drooghenbroeck, J. Vrielink et P. Wautelet (dirs), *Redynamiser la lutte contre la discrimination*, Anvers, Intersentia, 2023, p. 105-143 ; J. Ringelheim et V. van der Plancke, « Prouver la discrimination en justice », in J. Ringelheim et P. Wautelet (dirs), *Comprendre et pratiquer le droit de la lutte contre les discriminations*, Anthémis, coll. CUP, 2018, p. 137-174 ; I. Rorive, « 'Désolé, c'est déjà loué !' La Cour d'appel de Bruxelles confirme que le test de situation est un mode de preuve recevable pour révéler une discrimination directe fondée sur l'origine d'un candidat locataire », *Justice en ligne*, 2021 ; I. Rorive, *Proving Discrimination Cases. The Role of Situation Testing*, Migration Policy Group and Swedish Centre for Equal Rights, 2009 ([en ligne](#)) ; I. Rorive et V. van der Plancke, « Quels dispositifs pour prouver la discriminations », in S. Van Drooghenbroeck et S. Sottiaux, *Les nouvelles lois luttant contre les discriminations*, Bruxelles, La Charte, 2008, p. 417-461 ; V. van der Plancke, « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques*, 2007/3, n° 5, p. 40-59.

⁴ Voy. S. M. Gaddis, « An Introduction to Audit Studies in the Social Sciences », in S. M. Gaddis (ed.), *Audit Studies: Behind the Scenes with Theory, Method, and Nuance*, Springer, 2017 et D. Prager, « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future », *ANNALS, The American Academy of Political & Social Science*, January 2007, n°609, pp. 104-133, p. 114.

« tester » les comportements d'acteurs privés ou publics dans la vie réelle, il permet de détecter des pratiques discriminatoires par une observation directe des comportements de ces acteurs. Des couples (de candidats à la location d'un logement, de demandeurs d'emploi, de clients potentiels d'une discothèque, etc.) sont construits de manière à ce que les deux membres présentent un profil similaire, sauf pour ce qui est d'une caractéristique susceptible de donner lieu à discrimination, à savoir l'origine ethnique, le genre ou un autre critère protégé selon la variable qu'on cherche à tester. Si les membres de ces couples présentant le critère protégé sont moins bien traités par l'entreprise ou l'institution testée, ce constat indique l'existence d'une pratique discriminatoire.

4. C'est au Royaume-Uni, à la fin des années 1960, après l'adoption des *Race Relations Acts* de 1965 et de 1968, qu'a été réalisée, à la demande d'institutions publiques, la première recherche scientifique d'ampleur basée sur la méthode des tests de situation. Elle portait sur la discrimination raciale, dans l'emploi et le logement notamment⁵. Aux États-Unis, l'usage du testing s'est multiplié, à partir des années 1970, en particulier dans le logement. Suite à l'adoption du *Fair Housing Act* de 1968 et à l'initiative notamment du *U.S. Department of Housing and Urban Development*, des testings ont été organisés dans de nombreuses grandes villes américaines, en association avec des chercheurs et des ONG. En Europe continentale, l'importante étude comparative coordonnée par le Bureau international du travail dans les années 1990 sur la discrimination envers les travailleurs immigrés et les minorités ethniques dans l'emploi, a été pionnière dans le développement de la méthode des tests de situation⁶.

5. Construit dans le champ des sciences sociales, le testing a d'abord et est toujours utilisé par des chercheurs pour mesurer et étudier la discrimination. Il a également été mobilisé dans plusieurs pays comme outil de monitoring des politiques publiques pour évaluer le respect du droit anti-discrimination. Vu les nombreux obstacles probatoires auxquels s'est heurtée l'application des lois anti-discrimination, le testing a aussi gagné les prétoires. Dès les années 1970 aux États-Unis, des recours s'appuyant sur des constats opérés grâce à des tests de situation ont été introduits par le *Department of Housing and Urban Development* et certaines ONG⁷. Avec le développement du droit européen de la non-discrimination, l'usage des tests de situation à des fins probatoires s'est étendu à de nombreux pays d'Europe (*infra* point III, n°10 et s.).

II. Ampleur de la discrimination raciale et importance du testing comme mode de preuve

6. Votre Cour a souligné, à plusieurs reprises, que « la discrimination raciale est une forme de discrimination particulièrement odieuse » qui, « compte tenu de ses conséquences dangereuses », « exige une vigilance spéciale et une réaction vigoureuse de la part des autorités »⁸.

7. Les études montrent malheureusement que les discriminations raciales et ethniques sont toujours répandues en Europe. Dans un rapport publié en 2019, l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA) observait que « le racisme généralisé continue de sévir en Europe »⁹. Dans son enquête EU-MIDIS II de 2017, la FRA relevait également que « dix-sept ans après l'adoption de la législation européenne interdisant la discrimination, les immigrés, les descendants d'immigrés et les groupes ethniques minoritaires continuent de faire l'objet d'une discrimination

⁵ W. W. Daniel, *Racial Discrimination in England*, Baltimore, MD, Penguin Books, 1968.

⁶ F. Bovenkerk, *A manual for international comparative research on discrimination on the ground of 'race' and ethnic origin*, Genève, BIT, 1992.

⁷ R. V. O. Boggs, J. M. Sellers, and M. Bendick, « Use of Testing in Civil Rights Enforcement », in M. Fix and R. Struyk, *Clear and Convincing Evidence. Measurement of Discrimination in America*, The Urban Institute Press, Washington, D.C., 1993, p. 344-375.

⁸ Cf. not. Cour eur. DH (GC), *Natchova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n°s 43577/98 et 43579/98, § 145.

⁹ FRA, «Widespread racism continues to plague Europe», *Fundamental Rights report*, 2019 (disponible [en ligne](#)).

généralisée dans l'ensemble de l'UE et dans tous les domaines de la vie »¹⁰. Parmi les discriminations signalées, 17% concernent un refus d'entrée dans une boîte de nuit ou un bar¹¹. En France, en adoptant récemment un plan national de lutte contre le racisme, l'antisémitisme et les discriminations fondées sur l'origine (2023-2026), le gouvernement a reconnu que la discrimination liée à l'origine demeure une réalité fréquente dans la société française¹².

8. Il reste cependant très difficile de prouver une discrimination en justice. Les difficultés de preuve sont l'un des obstacles bien connus à l'effectivité de l'interdiction de discriminer. Dans de nombreux cas, en effet, la discrimination ne laisse pas de trace matérielle. L'entreprise qui refuse d'embaucher, de louer un logement ou de fournir un service à un individu en raison de son origine ou d'un autre critère protégé, peut aisément invoquer un prétexte quelconque pour donner à sa décision une apparence de licéité (« nous avons trouvé un meilleur candidat », « c'est déjà loué », « l'accès est réservé aux membres »...). Et lorsqu'il existe des documents susceptibles d'étayer la discrimination, ils sont le plus souvent aux mains de l'auteur de celle-ci. Comme l'observe Lord Steyn dans un arrêt de la *House of Lords* (aujourd'hui, Cour suprême du Royaume-Uni), « *because people rarely advertise their prejudice and may not even be aware of them, discrimination has normally to be proved by inference rather than direct evidence* »¹³.

9. Dans ce contexte, le testing constitue un outil particulièrement utile pour révéler un traitement discriminatoire dissimulé derrière des prétextes tels que « c'est déjà loué » ou « l'entrée est réservée aux membres ». Il permet de contrebalancer l'inégalité des parties face à la preuve qui caractérise souvent les affaires de discrimination. Lorsqu'il montre que, parmi les participants au test, seules les personnes d'origine étrangère, ou un nombre disproportionné d'entre elles, sont refusées, alors que les autres sont traités de façon plus favorable, il constitue un indice fort qu'il y a discrimination. Pour ce faire, le test doit avoir été correctement réalisé, ce qui implique que les profils des participants au test étaient similaires pour ce qui est des caractéristiques pouvant légitimement être prises en compte (les compétences pour un emploi, le style vestimentaire et l'attitude non provocante et non imbibée d'alcool pour l'entrée dans une discothèque, etc...). Dès lors, seule l'origine étrangère peut *a priori* expliquer la différence de traitement.

III. Le testing en droit comparé

10. Dans de nombreux pays, les cours et tribunaux, et parfois le législateur, ont reconnu qu'un testing pouvait constituer un mode de preuve valable d'une discrimination en justice. (III.1). Le rôle probatoire joué par le testing varie selon qu'on se situe dans le cadre d'une procédure civile ou pénale (III.2).

III.1. La reconnaissance du testing comme mode de preuve valable en justice

11. Dans la pratique, on observe deux principales modalités de réalisation d'un testing invoqué par la suite à titre de preuve en justice. Dans un premier cas de figure, suite à un test de situation organisé par une autorité publique ou une association, une action dénonçant la discrimination subie par des personnes ayant participé au test (des « testeurs ») est introduite. (1). Dans une deuxième hypothèse, un candidat à un logement, à un emploi ou à un autre bien ou service refusé dans des conditions qui lui paraissent suspects organise un testing simplifié en demandant à une

¹⁰ La législation visée est la Directive 2000/43 précitée (*supra* note 1). FRA, *Second European Union Minorities and Discrimination Survey - Main results* (EU-MIDIS II), 2017 (notre traduction).

¹¹ FRA, *op. cit.*, *supra* note 10, p. 22.

¹² Voy. la [page consacrée à ce plan](#) sur le site du gouvernement français.

¹³ *Regina v Immigration Officer at Prague Airport and another ex parte European Roma Rights Centre and others*, 9 décembre 2004 [2004] UKHL 55, § 73.

connaissance de se porter candidat au même logement, emploi, bien ou service et, constatant une différence de traitement, agit en justice. (2). L'une comme l'autre de ces modalités ont été admises comme constituant un mode de preuve valable. Notons que lorsque les résultats d'un testing sont produits en justice, ils prennent la forme de témoignages, parfois soutenus par des enregistrements sonores ou audiovisuels ou des constats d'huissier ou d'agents de police.

III.1.1. Testing donnant lieu à un recours dénonçant la discrimination subie par un « testeur »

12. Dans ce premier cas de figure, **suite à des plaintes ou sur la base d'autres indices de pratiques discriminatoires** de la part d'un acteur privé ou public, **un test de situation est organisé par le ministère public, un organisme de promotion de l'égalité ou une ONG**. Ce test **s'étant révélé positif** – au sens où il a révélé une différence de traitement entre les testeurs selon qu'ils présentent ou non le critère protégé –, **une action en justice est introduite pour dénoncer la discrimination subie par des « testeurs »** dans le cadre du test. L'opération de testing à l'origine de l'affaire *SEJAC c. France* correspond à ce cas de figure.

13. **De nombreuses juridictions dans différents pays ont reconnu qu'un testing réalisé dans ces circonstances constituait un mode de preuve recevable en justice, et ce, tant dans des procédures civiles que pénales.**

14. La recevabilité du testing comme mode de preuve a été admise dès 1982 par la **Cour suprême des Etats-Unis** dans l'affaire *Havens Realty Corp. v. Coleman*. Un recours civil en discrimination avait été introduit contre une agence immobilière par des « testeurs » et une association de lutte contre la discrimination au logement. L'agence mise en cause avait tenté de contester l'intérêt à agir des « testeurs » au motif qu'ils ne cherchaient pas réellement un logement. Mais la Cour suprême a écarté cet argument et jugé le recours recevable, considérant qu'un traitement défavorable lié à l'origine raciale constitue une discrimination, quels que soient les motifs pour lesquels la personne s'est portée candidate à un logement, emploi ou autre bien ou service¹⁴. La validité du testing comme mode de preuve a été confirmée par les juridictions étatsuniennes dans d'autres affaires relatives à la discrimination dans le logement mais aussi dans l'emploi¹⁵.

15. En **France**, plusieurs actions ont été introduites devant les tribunaux pénaux suite à des testings organisés par des associations de lutte contre le racisme, un organisme de promotion de l'égalité ou le ministère public, en particulier auprès de discothèques. La chambre criminelle de la **Cour de cassation** a établi que le testing était un mode de preuve valable en justice¹⁶. Confirmant cette jurisprudence, **l'article 225-3-1, inséré dans le code pénal en 2006**, dispose que les délits de discrimination « 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 à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie »¹⁷. **La législation anti-discrimination a été amendée en 2017** pour y

¹⁴ U.S. Supreme Court, *Havens Realty Corp. v. Coleman*, 455 U.S. 363 (1982). Voy. aussi U.S. Supreme Court, *Gladstone, Realtors v. Village of Bellwood*, 441 U.S. 91 (1979) (concluant également qu'un "testeur" est recevable à agir en justice pour discrimination).

¹⁵ U.S. District Court for the District of Columbia, *Fair Employment Council v. BMC Marketing*, 829 F. Supp. 402 (D.D.C. 1993) June 18 1993. Sur cette jurisprudence, voy. R. L. Brooks, G. P. Carrasco and M. Selmi, *The Law of Discrimination: Cases and Perspectives*, LexisNexis, 2011, p. 316-317 ; M. J. Yelnosky, « Employment Testers Revisited », *Roger Williams University School of Law Legal Studies Research Paper Series*, n°74, 2011, p. 1-27 ; M. Bendick, « Situation Testing for Employment Discrimination in the United States of America », *Horizons Stratégiques*, 2007/3, n°5, p. 17-39.

¹⁶ Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n°131, p. 482 ; Cass. crim., 4 février 2015, n°14-90.048, *Bull. crim.*, 2015, n° 26 et Cass. crim., 28 février 2017, n° 15-87.378. Sur le testing comme mode de preuve en droit français, voy. not. R. Medard Inghilterra, *La réalisation du droit de la non-discrimination*, Paris, LGDJ, 2022, p. 477-484, n°857-867.

¹⁷ Disposition insérée par la Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances.

préciser qu'une personne ayant été discriminée dans le cadre d'un testing était **également recevable à agir devant les juridictions civiles et administratives**¹⁸.

16. La Cour suprême de **Suède**¹⁹ et la Cour suprême de **Hongrie**²⁰, dans le cadre d'affaires de discrimination portées devant les juridictions civiles, ont elles aussi expressément admis qu'un test de situation pouvait constituer une preuve valable en justice et que des « testeurs » discriminés lors d'un test étaient recevables à agir. En 2018, un tribunal civil de **Macédoine du Nord** a constaté une discrimination envers les Roms à l'entrée d'une piscine sur la base d'un testing organisé par l'ONG European Roma Rights Centre²¹. Aux **Pays-Bas**, dans des procédures tant civiles²² que pénales²³, des testings réalisés auprès de discothèques ont été considérés comme des preuves valables en justice. Par ailleurs, la Commission pour l'égalité de traitement (*Commissie gelijke behandeling*, devenue le Collège pour les droits humains, *College voor de Rechten van de Mens*), autorité indépendante habilitée à trancher des litiges en matière de discrimination par des avis non contraignants, a également accepté qu'un test de situation pouvait servir de preuve²⁴. On peut encore citer une décision du 6 septembre 2017 de l'organisme de promotion de l'égalité de **Roumanie**, à savoir le Conseil national de lutte contre la discrimination, habilité à trancher des litiges par des décisions contraignantes, qui admet aussi le testing comme mode de preuve²⁵.

17. Dans plusieurs pays, la recevabilité du testing comme mode de preuve en justice a été expressément reconnue par le législateur. On a déjà cité le cas de la **France** (*supra* n°15). En **Macédoine du Nord**, depuis 2020, la loi sur la prévention et la protection contre la discrimination autorise expressément l'usage du testing comme moyen de preuve²⁶. En **Belgique**, depuis 2018, les **inspecteurs sociaux fédéraux sont expressément autorisés, sous certaines conditions, à réaliser des tests de situation** pour vérifier le respect de la législation anti-discrimination dans les relations de travail²⁷. Cette habilitation témoigne de l'importance reconnue par le législateur belge au testing comme outil de détection des discriminations. La Région de Bruxelles-Capitale a

¹⁸ Art. 4 de la Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *JORF* n°0123 du 28 mai 2008, modifié par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017.

¹⁹ Högsta Domstolens (Cour suprême de Suède), *Escape Bar c. Ombudsmannen*, 1^{er} octobre 2008 (*mål nr T 2224-07*), disponible en suédois [en ligne](#). Dans le même sens, voy. Tribunal de district de Malmö, 4 mai 2006 (*mål nr T 3562-05*) ; Tribunal de district de Gothenburg, 14 décembre 2006 (*mål nr T 4658-05*) et Tribunal de district d'Huddinge, 2 mars 2007 (*mål nr T2688-05*). Ces affaires concernent des discriminations dans l'accès aux discothèques. Voy. I. Rorive, *Proving Discriminations Cases*, *op. cit. supra* note 3, p. 81-83.

²⁰ Legfelsőbb Bíróság (Cour suprême de Hongrie), 2002, Legf. Bír. Pfv. IV.21.269/2001. Sz, EBH 2002.635, Complex CD Corpus Iuris (discrimination envers les Roms par une discothèque). Voy. I. Rorive, *Proving Discrimination Cases*, *op. cit. supra* note 3, p. 67-68.

²¹ Tribunal de première instance, décision du 13 novembre 2018. Cette décision a été confirmée en appel : Cour d'appel de Bitola, CЖ-42/19 J.K., R.E., A.E., D.A., O.A., R.A. and ERRC v Megagrup DOOEL and JP Strezhevo, 18 juillet 2019. Cf. B. Kotevska, *Country report. Non-Discrimination. Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78. North Macedonia*, disponible [en ligne](#), p. 40.

²² Président du tribunal de district de Zutphen, 26 juin 1980, NJ, 1981, no 29. Voy. T. Loenen, *Country report. Non-Discrimination. Transposition and implementation at national level of Council Directives 2000/43 and 2000/78. The Netherlands*, European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, 2019, p. 22, disponible [en ligne](#).

²³ Tribunal local d'Amsterdam, 4 janvier 1982, RR no. 36; Tribunal pénal de district d'Amsterdam, 20 mars 1992, RR n°287. Voy. I. Rorive, *Proving Discrimination Cases*, *op. cit. supra* note 3, p. 73.

²⁴ Cf. not. avis 1997-62; 1997-64, 65 et 66; 1997-133, 1998-39, 2009-15 et 2012-50 (disponibles [en ligne](#)). Voy. T. Loenen, *Country report*, *op. cit.*, *supra* note 22, p. 22 et I. Rorive, *Proving Discriminations Cases*, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 71-72.

²⁵ Décision 486 du 6 septembre 2017, European Equality Law Network, *News Report*, 21.09.2017, disponible [en ligne](#).

²⁶ Loi sur la prévention et la protection contre la discrimination (Закон за спречување и заштита од дискриминација), § 38, Journal officiel de la République de la Macédoine du Nord, n°258/2020. Voy. B. Kotevska, *Country report.*, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 40.

²⁷ Article 42/1 du Code pénal social, introduit par la loi du 15 janvier 2018 portant des dispositions diverses en matière d'emploi.

également autorisé son inspection sociale²⁸, ainsi que son service régional d'inspection du logement²⁹, à organiser des « tests de discrimination » (selon la terminologie utilisée) pour détecter des discriminations. La **législation régionale bruxelloise reconnaît en outre expressément qu'un test de discrimination opéré soit par un inspecteur régional de l'emploi, soit par la victime elle-même ou, en soutien d'une victime, par un organisme de promotion de l'égalité ou une association**, mené conformément aux conditions posées par cette législation (*infra* n°29) et qui s'avère positif, constitue un **fait susceptible d'établir une présomption de discrimination dans le cadre d'une procédure civile** (sur cette notion, cf. *infra* n°22)³⁰.

III.1.2. Testing simplifié organisé à l'initiative d'un particulier dont la candidature à un emploi, bien ou service a été refusée

18. Dans ce deuxième cas de figure, le test de situation est organisé à l'initiative d'un individu qui cherchait réellement à accéder à un logement, emploi ou autre bien ou service. Ayant vu sa candidature refusée dans des conditions qui lui paraissent suspectes, il demande à une ou plusieurs autres personnes ayant le même profil mais ne présentant pas le critère à l'origine de la discrimination potentielle, de se porter candidates au même logement, emploi, bien ou service. Constatant que ces personnes sont traitées plus favorablement que lui, le candidat initial introduit un recours pour discrimination et invoque ce constat à titre de preuve. Ce testing simplifié, s'il est réalisé dans des conditions adéquates, peut être d'une grande utilité pour des victimes qui sont souvent bien démunies pour démontrer le caractère discriminatoire d'un refus d'entrée dans un lieu de loisir ou d'un rejet de leur candidature à un emploi ou un logement.

19. **Des testings correspondant à cette deuxième hypothèse ont également été admis comme moyens de preuve valables par les juridictions de différents pays.** En **Belgique**, la Cour du travail d'Anvers a connu du cas d'un travailleur portant un nom à consonance marocaine qui avait répondu par téléphone à une offre d'emploi de monteur de meuble. Après avoir donné son nom, il s'était vu répondre que le poste était déjà pourvu. Une connaissance, portant un nom à consonance flamande et parlant avec l'accent anversoïse, avait alors contacté le même employeur et avait, quant à lui, été invité à un entretien. La Cour a estimé que ces faits permettaient d'établir une présomption de discrimination et a, *in fine*, conclu à une discrimination face à la défense non convaincante de l'employeur³¹. La Cour d'appel de Bruxelles a jugé recevable le recours à un procédé similaire dans une affaire de discrimination au logement : un homme originaire d'un pays africain, après avoir visité un appartement offert à la location, avait indiqué à l'agence immobilière vouloir le louer. On lui avait répondu qu'un autre locataire avait déjà été choisi. Constatant que le bien était toujours proposé à la location, l'homme avait demandé à une autre personne, d'origine européenne et parlant sans accent étranger, de se renseigner sur ce même appartement. Elle se vit répondre que le bien était toujours disponible et proposer une visite. La Cour d'appel estima là aussi que ces faits permettaient de présumer une discrimination³². En **Allemagne**, le tribunal local de Charlottenburg, dans une décision du 14 janvier 2020 a constaté une discrimination dans l'accès au logement envers un homme d'origine turque sur la base d'éléments recueillis de façon

²⁸ Art. 4/2 de l'Ordonnance du 30 avril 2009 relative à la surveillance des réglementations en matière d'emploi qui relèvent de la compétence de la Région de Bruxelles-Capitale, inséré en application de l'Ordonnance du 16 novembre 2017 visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi en Région de Bruxelles-Capitale.

²⁹ Art. 214*bis*, § 4, du Code bruxellois du logement, inséré en application de l'Ordonnance du 21 décembre 2018 modifiant le Code bruxellois du logement afin de renforcer la lutte contre la discrimination dans l'accès au logement.

³⁰ Art. 22, § 3, al. 1^{er}, de l'Ordonnance du 4 septembre 2008 relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi, inséré par l'Ordonnance précitée du 16 novembre 2017 et art. 4/3, § 5, de l'ordonnance précitée du 30 avril 2009.

³¹ Cour du travail d'Anvers, arrêt du 25 juin 2008, A.R. 2060328, disponible en néerlandais [en ligne](#).

³² Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 28 septembre 2020, disponible [en ligne](#). Voy. aussi trib. 1^{ère} instance Bruxelles, 18 octobre 2021 ([en ligne](#)) et trib. 1^{ère} instance Bruxelles, 3 juin 2005 ([en ligne](#)).

comparable³³. En **République tchèque**, la Cour régionale d'Ostrava, la Haute Cour de Prague et le tribunal municipal de Prague, dans différentes affaires, se sont appuyés notamment sur les résultats de testings de ce type pour constater des discriminations envers des personnes roms à l'entrée d'un bar (premier cas) et dans l'emploi (deuxième et troisième cas)³⁴. En **France**, la Cour d'appel d'Angers a pris en compte, parmi d'autres éléments, un testing réalisé par des agents privés de recherche, pour conclure que la plaignante, assistante maternelle, était discriminée dans le cadre des relations de travail³⁵. La Cour d'appel de Riom a par ailleurs énoncé de façon générale qu'il « est admis que la pratique du *testing* peut être utilisée comme mode de preuve dès lors qu'un comportement discriminatoire a été commis à l'encontre d'une personne »³⁶.

20. La **Commission pour l'égalité de traitement des Pays-Bas**³⁷ et l'**Autorité de l'égalité de traitement en Hongrie**³⁸, dans des affaires de discrimination à l'embauche, ont également accepté de prendre en compte un testing réalisé après le rejet de la candidature du plaignant. Mentionnons encore une décision du 7 décembre 2022 de la **Commission pour l'égalité de traitement du Danemark**, instance quasi-judiciaire qui examine des plaintes pour discrimination : une femme portant un nom à consonance étrangère qui avait tenté sans succès de réserver un logement auprès d'une société de logement, avait envoyé plusieurs courriers électroniques sous différents noms, les uns à consonance étrangère, les autres à consonance danoise. Seules les demandes soumises sous des noms à consonance danoise avaient reçu un accueil favorable de la société. La Commission a pris en compte ces constats pour établir une présomption de discrimination³⁹.

III.2. Le rôle probatoire du testing : distinguer les procédures civile et pénale

21. Cet examen de droit comparé montre que des testings sont acceptés comme moyens de preuve dans des procédures civiles comme pénales. Compte tenu de leur régime probatoire spécifique, le rôle du testing varie selon le type de procédure dans laquelle il est invoqué.

22. Dans les **procédures civiles** ou administratives pour discrimination, la **règle du partage de la charge de la preuve, établie par le droit de l'Union européenne**, s'applique dans tous les États membres de l'Union. Développée à l'origine par la Cour de justice de l'Union européenne dans sa jurisprudence sur l'égalité salariale entre hommes et femmes⁴⁰, ce principe a ensuite été consacré par le législateur européen⁴¹. Ce mécanisme implique que lorsque le plaignant établit des faits qui, sans démontrer avec certitude qu'il y a eu discrimination, permettent néanmoins de présumer qu'un comportement est discriminatoire, la charge de la preuve glisse vers le défendeur à qui il incombe de renverser cette présomption. Dans une procédure civile (ou administrative), **le résultat positif d'un testing peut dès lors constituer un fait sur lequel le juge peut s'appuyer pour établir une présomption de discrimination.**

³³ Amtsgericht Charlottenburg, 14 January 2020, 203 C 31/19, ECLI:DE:AGBECH:2020:0114.203C31.19.00, European Equality Law Network, *Flash Report*, 22.04.2020, disponible [en ligne](#).

³⁴ Cour régionale d'Ostrava, décision du 24 mars 2005 ; Haute Cour de Prague, décision du 22 mars 2005 ; Tribunal municipal de Prague, décision du 31 mars 2004. Voy. I. Rorive, *Proving Discrimination Cases*, *op. cit.*, *supra* note 3, p. 60.

³⁵ CA Angers, ch. Soc. 30 juin 2009, n° 09/00530.

³⁶ CA Riom, 4^e ch. Civ., 7 juin 2016, n° 14/00514. En l'espèce, la Cour juge le testing non concluant (*infra* note 57).

³⁷ Avis 2005-136, 1^{er} janvier 2005, disponible en néerlandais [en ligne](#).

³⁸ Affaire 180/2006. Voy. I. Rorive, *Proving Discrimination Cases*, *op. cit.* *supra* note 3, p. 69.

³⁹ Commission pour l'égalité de traitement, décision du 7 décembre 2022, No. 9026, disponible en danois [en ligne](#).

⁴⁰ Cf. CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, § 14. Voy. aussi CJCE, 17 octobre 1989, *Danfoss*, aff. 109/88, § 13 ; CJCE, 31 mai 1995, *Royal Copenhagen*, aff. C-400/93.

⁴¹ Cf. not. Directive 2000/43/CE précitée (*supra* note 1), art. 8 et Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 10. Votre Cour a également appliqué ce mécanisme dans des affaires portant sur la discrimination, not. dans *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], 13 novembre 2007, req. n°57325/00, §§ 177-180.

23. Dans une **procédure pénale** pour discrimination, en revanche, la règle du partage de la charge de la preuve n'est pas d'application. Il incombe à la partie poursuivante de produire des éléments propres à prouver la culpabilité de la personne poursuivie au-delà de tout doute raisonnable. En droit belge comme en droit français, le principe est celui de la **libre admissibilité de la preuve**. Tout élément de preuve est donc en principe recevable, à condition d'avoir été soumis à la contradiction des débats. Le juge en apprécie ensuite librement la force probante⁴². Les **constats opérés à l'aide d'un testing peuvent donc, seuls ou combinés à d'autres éléments**, contribuer à **constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant la culpabilité d'un prévenu**.

IV. Les conditions d'admissibilité du testing et l'appréciation de sa valeur probante

24. Reconnaître le testing comme un mode de preuve admissible en justice ne signifie naturellement pas que sa pratique échappe à tout contrôle ni qu'il emportera forcément la conviction du juge. Les juridictions ou le législateur de plusieurs pays ont notamment précisé que l'interdiction de la provocation constitue une exigence centrale. Cette notion fait écho à la jurisprudence de votre Cour relative à l'article 6, § 1 de la Convention. Il convient cependant d'être attentif au fait que le testing mis en œuvre pour débusquer une discrimination diffère substantiellement des situations visées par votre Cour dans sa jurisprudence relative à la provocation. (IV.1.). En vertu des droits de la défense, la partie défenderesse doit avoir la possibilité de contester la crédibilité d'un test de situation invoqué à titre de preuve. De manière générale, il appartient au juge de vérifier dans chaque cas la valeur probante d'un testing en fonction des circonstances de l'espèce. (IV.2.).

IV.1. L'interdiction de la provocation

25. Selon la jurisprudence de votre Cour, « l'admissibilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne, et, en principe, il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments qu'elles ont recueillis. La Cour, quant à elle, doit rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable (...). »⁴³

26. Votre Cour a établi qu'il n'était pas contraire à la Convention d'utiliser, dans le cadre d'une enquête pénale, des méthodes particulières faisant intervenir des agents infiltrés afin de recueillir des preuves de la participation d'un individu à des activités criminelles, pour autant que ces agents n'incitent pas à la commission d'une infraction. Lorsqu'en revanche un élément a été recueilli à la suite d'une provocation policière, son utilisation en justice à titre de preuve serait contraire au droit à un procès équitable⁴⁴. Votre Cour a défini la provocation comme la situation dans laquelle des membres des forces de l'ordre ou des personnes intervenant à leur demande « ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre »⁴⁵. Des critères d'ordre matériels et un critère d'ordre procédural ont été dégagés par votre Cour pour déterminer si une opération menée par des agents infiltrés constitue une provocation contraire à la Convention.

⁴² M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, la Charte, 2021, p. 1365-1366 (pour la Belgique) ; Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n°131, p. 482 (pour la France).

⁴³ Cour eur. DH (GC), *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, req. n° 74420/01, § 52.

⁴⁴ *Ibid.*, § 54. Voy. aussi, parmi beaucoup d'autres, Cour eur. DH, *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, req. n°25829/94, §§ 36 et 39.

⁴⁵ *Ramanauskas c. Lituanie*, précité, § 55.

27. Il importe de souligner que **cette jurisprudence concerne uniquement des opérations menées par ou à la demande des membres des forces de l'ordre et dans le cadre d'enquêtes pénales.** Or, la réalisation d'un testing visant à constater une discrimination diffère généralement de ce schéma.

D'abord, comme l'illustrent les exemples de droit comparé, un test de situation, le plus souvent, est mis en œuvre pour constater un manquement à des dispositions civiles interdisant la discrimination et est utilisé dans le cadre d'une procédure civile. **Il importe dès lors que votre Cour, dans les observations qu'elle formulera sur l'usage du testing comme mode de preuve, soit attentive au fait que des tests de situation sont très souvent invoqués dans le cadre de procédures civiles auxquelles votre jurisprudence sur la provocation policière n'a pas vocation à s'appliquer.**

Ensuite, **les méthodes spéciales d'enquête** examinées par votre Cour dans sa jurisprudence relative à l'interdiction de la provocation ont pour particularité de **conduire des agents infiltrés à participer eux-mêmes à des activités criminelles, comme un achat de drogue.** De tels actes ne peuvent être posés par ou à la demande des membres des forces de l'ordre que dans le cadre d'une procédure stricte. **En revanche, se présenter à l'entrée d'une discothèque, postuler pour un emploi ou manifester son intérêt pour un logement à louer n'a rien d'illégal.** Le testeur certes dissimule son objectif ultime qui est de vérifier que l'entreprise respecte la législation anti-discrimination, mais en exprimant son souhait d'entrer dans un lieu de loisir, d'exercer un emploi ou de louer un logement, il agit de façon parfaitement légale. Dès lors, un **test de situation ne sera pas forcément réalisé à l'initiative d'une autorité publique. Il peut également être organisé par une ONG ou un particulier qui s'estime victime de discrimination.** Or, comme votre Cour l'a précisé dans l'affaire *Shannon c. Royaume-Uni*, **les règles dégagées par votre Cour en matière de provocation concernent uniquement des opérations organisées par des agents de l'État.** Le grief tiré de ce qu'un particulier, qui n'agissait pas sur les instructions ou sous le contrôle des autorités, aurait incité la personne mise en cause à perpétrer une infraction doit être examiné à l'aune des règles générales d'administration de la preuve⁴⁶.

Enfin, les **opérations de testing initiées par des agents publics** l'ont été soit par le **ministère public** (et non par des policiers), comme dans l'affaire *SEJAC c. France*, soit par un **organisme de promotion de l'égalité**, soit par des **inspecteurs sociaux** (en Belgique). Il importe de souligner que les testings ainsi admis à titre de preuve par des juridictions ont toujours été réalisés **à la suite de plaintes ou sur la base d'autres indices de discrimination**, ce qui rencontre le premier critère matériel établi par votre Cour pour vérifier l'absence de provocation. Concernant la procédure suivie, celle-ci varie selon les États et l'institution à l'origine du testing. L'autorisation du ministère public n'est pas forcément requise pour un testing réalisé par un organisme de promotion de l'égalité ou l'inspection sociale, mais un **contrôle sera toujours exercé par le juge** sur les modalités de réalisation du testing (*infra* point IV.2, n°30 et s.), ce qui satisfait le critère procédural dégagé par votre Cour. Il faut en outre rappeler que, **contrairement aux actes pouvant être posés dans le cadre des méthodes spéciales d'enquête, un acte tel que le fait de se présenter à l'entrée d'une discothèque**, comme dans l'affaire *SEJAC c. France*, **ne constitue pas en soi une infraction.** Compte tenu de ces différences, et de l'importance du testing pour assurer l'effectivité de l'interdiction de la discrimination, il importe de ne pas subordonner sa réalisation à des conditions de validité trop restrictives qui rendraient cet outil difficilement utilisable.

28. Il n'en reste pas moins que le principe de base posé par votre jurisprudence en matière de provocation policière est assurément pertinent dans le cas d'un testing : **une preuve recueillie par testing ne pourrait être admise s'il y a eu, de la part du testeur, provocation à discriminer,**

⁴⁶ Cour eur. DH, *Shannon c. Royaume-Uni* (déc.), 6 avril 2004, req. n°67537/01.

autrement dit, si le testeur a exercé sur la partie adverse *une influence de nature à l'inciter à commettre une discrimination qu'autrement elle n'aurait pas commise*⁴⁷. Ce principe a été **reconnu par la Cour de cassation française**, qui a établi que l'autorisation du testing par l'article 225-3-1 du Code pénal ne permet pas de provoquer à la commission d'une infraction⁴⁸. La Cour a aussi précisé que l'organisation d'un testing ne constitue pas en soi une provocation ni un manquement au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable⁴⁹.

29. **L'interdiction de la provocation** est l'une des règles centrales posées par les **législations relatives au test de situation adoptées en Belgique**. Elle figure parmi les conditions que les inspecteurs sociaux, tant au niveau fédéral⁵⁰ qu'au niveau de la Région de Bruxelles-Capitale⁵¹, sont requis de respecter. La législation régionale bruxelloise précise aussi qu'un test de discrimination réalisé par une victime, un organisme de promotion de l'égalité ou une association, ne pourra constituer un fait susceptible d'établir une présomption de discrimination, qu'à condition de ne pas avoir un caractère provoquant⁵². Notons aussi que les législations fédérale et bruxelloises n'habilitent les inspecteurs sociaux à initier un testing que s'ils disposent au préalable d'indices de pratiques discriminatoires de la part de l'organisation publique ou privée testée⁵³.

IV.2. L'appréciation de la valeur probante d'un testing et le respect des droits de la défense

30. Le respect des droits de la défense exige qu'en cas d'utilisation d'un testing comme moyen probatoire en justice, la personne accusée de discrimination ait la possibilité d'en contester la force probante et de s'opposer à son utilisation⁵⁴.

31. Il appartient en tout état de cause au juge d'évaluer la valeur probante d'un testing invoqué en justice en examinant ses conditions de réalisation et son résultat⁵⁵. Pour qu'un testing soit probant, il faut, outre l'absence de provocation, que les personnes participant au test présentent un profil comparable (cf. *supra* n°9) et se soient présentées auprès de l'entreprise ou institution testée dans les mêmes circonstances⁵⁶. Enfin, le testing ne pourra contribuer à établir la preuve d'une discrimination que s'il révèle que les testeurs ont été traités différemment selon qu'ils présentent ou non le critère protégé. La jurisprudence de divers pays européens offre plusieurs exemples de cas dans lesquels une juridiction ou un organisme quasi-juridictionnel, tout en acceptant l'admissibilité de principe du testing comme mode de preuve, a estimé qu'en l'espèce, le test de situation invoqué ne permettait pas d'établir une discrimination⁵⁷.

⁴⁷ Cf. *mutatis mutandis Ramanauskas c. Lituanie*, § 55.

⁴⁸ Cass. crim., 4 février 2015, n° 14-90.048, Bull. crim. n°26.

⁴⁹ Cass. crim., 28 février 2017, n° 15-87.378.

⁵⁰ Art. 42/1, § 5, du Code pénal social.

⁵¹ Art. 4/3, § 4, 1°, de l'Ordonnance précitée du 30 avril 2009.

⁵² *Ibid.* Cf. aussi art. 214*bis*, § 3, du Code bruxellois du logement.

⁵³ Art. 42/1, § 1, du Code pénal social et art. 4/3, § 4, 2°, de l'Ordonnance précitée du 30 avril 2009. Dans le cas de l'inspection sociale fédérale, l'accord préalable du ministère public est aussi exigé (art. 42/1, § 4, du Code pénal social).

⁵⁴ Cf. not. Cour eur. DH (GC), *Bykov c. Russie*, 10 mars 2009, req. 4378/02, §90.

⁵⁵ Cf. Cass. crim., 11 juin 2002, n° 01-85.559, *Bull. crim.*, n°131, p. 482.

⁵⁶ Voy. les conditions citées par la Commission pour l'égalité de traitement néerlandaise dans ses Avis 1997-62, 1997-64, 1997-133 et 1998-39, disponibles en néerlandais [en ligne](#).

⁵⁷ Voy. not. la décision précitée du 6 septembre 2017 du Conseil national roumain de lutte contre la discrimination (*supra* note 25), qui juge non probante une vidéo censée démontrer qu'en Transylvanie, les roumanophones seraient discriminés par les commerçants magyarophones. Le Conseil a constaté que des passages tendant à indiquer une absence de discrimination avaient été supprimés lors du montage de la vidéo et que le vidéaste avait, par son attitude, incité à la discrimination. Voy. aussi la décision de la Cour d'appel de Riom en France qui juge non convaincant le résultat d'un testing réalisé par le plaignant car la réaction de l'entreprise ne démontrerait pas de différence de traitement entre les différentes candidatures (CA Riom, 4^e ch. Civ., 7 juin 2016, n° 14/00514).