



Mouvement contre le Racisme, l'Antisémitisme et la Xénophobie

Test de situation : note de synthèse¹

La loi belge du 25 février 2003 « tendant à lutter contre la discrimination », actuellement abrogée, référait expressément au test de situation : elle stipulait que lorsqu'une victime invoque devant la juridiction civile ou sociale des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination (tels que des tests de situation), la charge de la preuve de son absence incombe à la partie défenderesse. **La loi ajoutait que les modalités de mise en œuvre du testing**, parmi lesquelles le recours éventuel à un constat d'huissier, **seraient régies par un arrêté royal².**

Cette loi avait pour vocation de transposer 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** (J.O. L 180, 19.7.2000, p. 22) et la **directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail** (J.O. L 305, 2.12.2000, p. 16).

Il est vrai que tant l'admissibilité du test de situation, que la nécessité de l'encadrer d'une méthodologie rigoureuse, avaient soulevé des critiques de toutes parts. En particulier, les propriétaires et les employeurs y voyaient une « technique d'infiltration et de délation » tendant à leur ôter leur liberté contractuelle.

Le MRAX et d'autres spécialistes de l'antiracisme ou de la diversité (ex : ENAR) regrettaient l'interdiction, stipulée dans l'arrêté royal, d'usage des tests à des fins de sensibilisation (ex : médiatiques) qui se révèlent parfois plus efficaces qu'une procédure judiciaire. Les ONG ajoutèrent, à raison, qu'encadrer les tests de situation de règles de validité strictes, conduirait vraisemblablement aux écueils suivants : d'une part, il s'en suivrait une véritable dévalorisation des tests menés de façon informelle, et d'autre part, le juge serait enclin à écarter toute force probante à ces derniers. **Elles rappelèrent donc inlassablement que l'admissibilité des tests de situation est déjà acquise en droit belge, tant au pénal – où la preuve est libre³ – qu'au civil ;** et qu'en conséquence,

¹ A partir de l'article de van der Plancke, V., « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », *Horizons stratégiques* 2007/3, n° 5, pp. 40-59.

² Voir article 19, §§ 3 et 4, de la loi du 25 février 2003 « tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme », M.B., 17 mars 2003.

³ Ce principe signifie que la preuve peut être administrée par toute voie de droit, et qu'il appartient au juge d'apprécier ultimement, au cas par cas, leur régularité et leur force probante.

une réglementation de ceux-ci par arrêté royal était peu opportune, voire même contre-productive. Mieux valait, en tout état de cause, abandonner au juge le pouvoir d'appréciation des éléments qui lui étaient soumis.

En 2007, le législateur modifia la loi. Sans l'interdire, **il préféra au « test de situation » les termes de test « de récurrence » et « de comparabilité »**, moins chargés symboliquement, bien que similaires en de nombreux points au procédé précédent.

Les tests de situation judiciaires ne constitueront jamais une preuve en soi d'une discrimination, mais tout au plus l'occasion d'un aménagement de la charge de la preuve. Pour l'expliquer plus simplement, il faut se rappeler qu'en principe, c'est à la victime présumée (qui est aussi la partie « accusatrice ») qu'il revient de prouver ce qu'elle avance. Si elle effectue un test de situation, et que ce test semble montrer une discrimination, cela ne veut pas dire que juridiquement, la discrimination est prouvée. Cela veut simplement dire que dès ce moment, c'est au coupable présumé (qui est la partie qui se défend) de prouver qu'il N'a PAS discriminé.

- A. Dans le cadre du **test de récurrence**, la présomption de discrimination est suscitée à la lumière de données « stockées » dont ressort un « canevas de traitement quasi systématiquement défavorable » à l'encontre de personnes partageant la même caractéristique sensible que la personne prétendument discriminée. En démontrant qu'il existe chez un certain individu (employeur, etc.) ou une instance (entreprise, etc.) une telle récurrence caractérisée, on fait naître la présomption que le traitement défavorable d'un travailleur noir, par exemple, est vraisemblablement fondé sur sa couleur de peau. En d'autres termes, le « canevas de traitement défavorable » fournit du matériel informationnel qui rend admissible le lien de causalité entre le traitement inégal et le critère protégé. Pour constater une récurrence de traitement défavorable, il peut être tenu compte des faits ou données antérieurs, simultanés ou postérieurs à la commission de la discrimination présumée.

Exemple de test de récurrence : quatre groupes issus de minorités sont envoyés pour tenter de rentrer dans une même boîte de nuit, les quatre groupes sont refusés à l'entrée.

- B. Quant au **test de comparabilité**, la méthode consiste à apporter des éléments suffisamment convaincants afin d'établir la comparabilité des situations entre la prétendue victime de discrimination et une « personne de référence » (celle-ci ne partageant pas le critère protégé) : en prouvant en détail la comparabilité de ces deux personnes, on élimine tous les facteurs qui auraient légitimement permis de justifier une différence de traitement entre elles. En supprimant ces facteurs, il ne reste plus qu'une seule variable explicative de l'inégalité de traitement, soit une différence fondée sur un critère protégé (genre, race, etc.).

Exemple de test de comparabilité : un groupe issu de minorités et un groupe issu de la société majoritaire (qui ne diffèrent par rien, si ce n'est par la couleur de peau) sont envoyés pour tenter de rentrer dans une boîte de nuit, le second groupe rentre, mais pas le premier groupe.

Encore faudra-t-il veiller à ce que le testing ne puisse encourir le reproche de constituer une « provocation », l'interdiction de cette dernière étant une traduction particulière de l'exigence générale de loyauté dans l'établissement de la preuve. Le principe de loyauté s'oppose à toute idée de dissimulation et de tromperie. On distingue dès lors traditionnellement la « provocation à la preuve » et la « provocation à l'infraction ». La première est autorisée en ce qu'elle permet simplement la constatation d'une intention délictueuse préexistante; l'agent infiltré est passif, il se limite généralement à observer. La seconde est proscrite en ce que, sans l'intervention de l'infiltré, l'acteur discriminant ne serait pas passé à l'acte.

**Ibrahim AKROUH,
Juriste au MRAX
Chargé d'Education permanente**

MRAX ASBL

Le MRAX est la plus ancienne organisation antiraciste en Belgique, née il ya plus de 60 ans sur les cendres du génocide nazi à l'initiative d'une poignée de Juifs résistants communistes

37, rue de la Poste • BE-1210 Bruxelles • Tél. : +32 (0)2 209 62 50 • Fax : +32 (0)2 218 23 71

Courriel : mrax@mrax.be • Site : www.mrax.be

N° entreprise : 0415.750.215 • N° compte : 001-2329854-87