

Au service de la connaissance et du droit : le *testing*

Gwénaële Calvès



Gwénaële Calvès, professeur de droit public à l'université de Cergy-Pontoise, est directrice scientifique du Centre d'analyse stratégique et chef du département Institutions et Société. Avec Daniel Sabbagh, elle anime au Centre d'études et de recherches internationales (CERI) le groupe de recherche « politiques anti-discriminatoires ».

Résumé

Le *testing* ou « test de situation », apparu en Grande-Bretagne et aux États-Unis, connaît aujourd'hui un remarquable essor en France, dans un contexte d'intensification de la lutte contre les discriminations. Le *testing* comporte deux facettes, scientifique et judiciaire, qui ne progressent pas au même rythme. Chacune d'entre elles a ses enjeux et limites, illustrés par une série de contributions rassemblées dans ce dossier. Même si le *testing* n'est pas la panacée, c'est un champ de recherche et d'action que les pouvoirs publics ne doivent pas négliger.

Mots-clés

discriminations – expérimentation – droit pénal
discrimination – testing – criminal law

Dispositif expérimental destiné à saisir la discrimination « sur le vif », le *testing* (appelé aussi test de situation, test de discrimination ou audit par couple) épouse étroitement la logique même des différences de traitement que le droit français s'attache, depuis quelques années, à réprimer avec une vigueur accrue.

Au plan pénal, une discrimination n'est en effet caractérisée que lorsque Pierre se voit refuser ce qu'on accorde à Paul, sur le fondement d'un critère dont la prise en compte est interdite par la loi. Cette donnée constitutive de la situation de discrimination s'exprime spontanément dans une phrase comme « j'aurais obtenu ce poste si j'avais été un homme et non une femme... ».

Mais est-ce bien parce que je suis une femme que j'ai été écartée ? Aurais-je obtenu le poste si j'avais été plus diplômée, ou plus expérimentée ? Le critère de sexe a-t-il joué, dans la décision du recruteur, le rôle déterminant qui permet de caractériser son choix comme illégal ? Sauf dans le cas où l'employeur indique qu'il a délibérément fondé sa décision sur le critère du sexe, il est impossible de répondre avec certitude à cette question. Les caractéristiques individuelles des postulants diffèrent sur trop de points ; la décision d'embauche les combine de manière trop complexe pour qu'il soit possible d'isoler le facteur qui a emporté la décision. C'est pourtant bien ce que la loi exige. Pour être qualifiée de « discriminatoire », la décision contestée doit avoir été *fondée* sur la prise en compte (délibérée) d'un des dix-huit motifs prohibés par le code pénal¹. Cette exigence – qui s'impose de manière plus ou moins rigoureuse d'une branche à l'autre de notre droit – est inhérente au principe de non-discrimination. « Aurais-je obtenu ce poste si j'avais été un homme et non une femme ? » : tout le travail du juge de la discrimination consiste (comme le dit bien le droit anglais en parlant de « *but for test* ») à se placer dans cette hypothèse, c'est-à-dire à neutraliser l'ensemble des facteurs annexes pour tenter de raisonner « toutes choses égales par ailleurs... sauf une ».

Entre la méthode d'analyse appelée par la mise en œuvre du principe de non-discrimination et la technique du test de situation, l'affinité ne peut manquer de sauter aux yeux.

Le *testing*, s'inspirant de la démarche expérimentale, cherche à créer *in vitro* une situation dont l'expérimentateur maîtriserait tous les éléments. L'objectif est d'observer, en ayant la certitude qu'elles jouent « toutes choses égales par ailleurs », le poids relatif des variables qu'on cherche à tester. Dans le cas du test de discrimination, on construira artificiellement des couples (de demandeurs d'emploi, de clients d'une banque, de candidats à la location d'un logement, etc.) dont les deux membres ne diffèrent que par une et une seule caractéristique. Si l'un des deux membres du couple est moins bien traité que l'autre, on imputera cette différence de traitement à l'unique caractéristique qui les distingue l'un de l'autre.

L'expérimentation, on le voit, n'est pas ici totalement contrôlée puisque, des trois acteurs de la discrimination (Pierre, Paul et celui qui refuse à Pierre ce qu'il accorde à Paul), seuls le discriminé et la personne dite « de référence » sont des créations de l'expérimentateur. Le troisième homme appartient, lui, au monde réel... Il n'en demeure pas moins, comme le souligne Marc Bendick dans l'article qu'il a livré à *Horizons stratégiques*, que « le test de situation est un instrument exceptionnel pour tester le comportement de vrais employeurs sur de vrais marchés du travail, car il est empreint d'une rigueur méthodologique proche de celle qui caractérise l'expérimentation de laboratoire ».

¹ Origine, sexe, situation de famille, grossesse, apparence physique, patronyme, état de santé, handicap, caractéristiques génétiques, mœurs, orientation sexuelle, âge, opinions politiques, activités syndicales, appartenance ou non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée (art. 225-1 du code pénal).

Testing scientifique et *testing* judiciaire

Depuis l'origine, la technique du test de discrimination fait l'objet d'applications dans deux champs tout à fait distincts : le champ des sciences sociales d'une part, où il apparaît comme un instrument de mesure des discriminations sur un marché donné (travail, logement, loisir, crédit, etc.) ; l'arène judiciaire d'autre part, où l'opération de *testing* a pour but d'établir l'existence d'un comportement discriminatoire précis. Trois différences au moins séparent le *testing* scientifique du *testing* judiciaire.

La première différence réside dans le fait que le *testing* scientifique met en scène des couples totalement fictifs, ce qui n'est pas le cas du *testing* judiciaire. Dans le premier cas, les chercheurs inventent de toutes pièces des « candidats » à un emploi, un logement, un crédit, etc. Deux dispositifs d'enquête sont ici possibles. Lorsque la mise en relation de ces « candidats » avec un offreur (réel) ne suppose aucun contact direct (on parle alors de « *correspondence tests* »), les lettres de motivation, *curriculum vitae* et autres pièces du dossier sont simplement le produit de l'imagination de l'expérimentateur. Si le protocole de recherche prévoit un contact physique ou téléphonique entre les demandeurs fictifs et les offreurs (« *in-person audits* »), il faudra faire appel à des bénévoles ou des comédiens pour incarner ces personnages. Dans le cas d'un *testing* organisé à des fins de poursuites judiciaires, il est en revanche exclu de se fonder sur des personnages imaginaires². Comme l'a rappelé le ministère de la Justice dans une circulaire du 26 juin 2006³, une condamnation ne saurait être prononcée « à la suite d'une opération au cours de laquelle la ou les personnes qui se sont vues opposer un refus auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives. (...) Dans de tels cas en effet, il n'y a pas de délit, puisque le refus a été opposé à une personne qui n'existe pas, ou qui n'est pas vraiment victime ». Un des membres du couple au moins doit se prêter à l'expérience sans mentir sur ses nom et qualités (la « personne de référence » pouvant, elle, être construite pour les besoins de la cause).

Deuxième différence : un *testing* scientifique cherche à tester une population d'offreurs aussi large que possible, pour obtenir des résultats statistiquement significatifs, alors que cette démarche est sans intérêt pour un *testing* judiciaire, dont l'objectif est d'établir l'existence d'un comportement discriminatoire commis par un acteur nommément désigné. Lors de poursuites intentées contre une entreprise, le « taux net de discrimination » observé dans son secteur d'activité ne peut jouer ni à charge ni à décharge. Suffit-il d'organiser une seule opération de *testing* pour pouvoir poursuivre une entreprise, un bailleur ou une boîte de nuit ? Frédéric Burnier et Brigitte Pesquié, dans leur contribution à ce numéro, répondent par l'affirmative, en indiquant que « certaines Cours d'appel acceptent que le test ne se soit produit qu'une seule fois ». Hors champ pénal et s'agissant de la discrimination en matière d'accès au logement, on rappellera toutefois que le Conseil constitutionnel, appelé à statuer sur la constitutionnalité des règles de preuves instaurées par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, a souligné que les « éléments de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination » (dont un *testing* peut à l'évidence faire partie) doivent être « précis et concordants »⁴.

La troisième différence concerne la procédure de « validation » des résultats du *testing*. Dans le cas d'un *testing* réalisé à des fins de mesure des discriminations, les résultats sont évidemment soumis à une discussion normée par les canons habituels du débat scientifique. On discutera la conception du protocole d'enquête, les conditions de son déroulement, les modalités d'exploitation des données. On évaluera, à partir d'autres techniques de mesure des discriminations⁵, la portée et les limites du « taux de discrimination » calculé au terme de l'enquête par *testing*. Quel effectif retenir pour le dénominateur de ce taux ? Le débat, sur ce point, est parfois très vif. Deux modes de calculs s'opposent. Le premier, utilisé surtout aux États-Unis, place au dénominateur le nombre total des

² Ceci vaut pour des poursuites *pénales*. Il est possible, en revanche, que les résultats de *testings* scientifiques puissent être utilisés dans le cadre d'un procès civil : les expériences américaine et belge présentées dans ce dossier semblent plaider en ce sens.

³ B.O. du ministère de la Justice, n° 102, 1^{er} avril au 30 juin 2006.

⁴ Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 89 (souligné par nous). Mais cette réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel semble être inégalement respectée par les juridictions ordinaires.

⁵ Pour un exemple de ce type de discussion, voir *La Note de veille* n° 48 du Centre d'analyse stratégique en date du 5 mars 2007, « Le *testing*, une méthode expérimentale de mesure des discriminations à l'embauche », http://www.strategie.gouv.fr/article.php3?id_article=491.

offres testées. Le second, préconisé par le Bureau international du travail⁶, ne retient que les offres qui ont donné lieu à une réponse positive au moins (les tests pour lesquels aucun des candidats n'a reçu de réponse positive sont déclarés « non utilisables », car leur interprétation n'est pas fiable). Le lecteur trouvera à plusieurs reprises, dans ce Dossier, des échos de ce débat qui traverse la communauté scientifique.

La discussion à laquelle donnent lieu les résultats d'un *testing* judiciaire est d'une tout autre nature. Imposée par l'article 427 du code de procédure pénale⁷, elle s'identifie en réalité au principe du contradictoire, « élément pondérateur » de l'intime conviction du juge et de la liberté de la preuve en matière pénale⁸. Cette discussion vise notamment à corroborer les constatations établies par le *testing*, en recherchant des éléments plus subjectifs qui permettent de s'assurer de la présence d'une *intention* discriminatoire. L'entreprise est certes difficile, mais elle ne présente pas les difficultés insurmontables que l'opinion publique tend à lui prêter. Les magistrats peuvent fort bien considérer, sans mettre à mal la présomption d'innocence, que « *les faits parlent d'eux-mêmes* : les faits étant établis (par exemple tirer à bout portant sur son voisin avec un fusil), l'intention s'en déduit (la volonté de tuer son voisin) »⁹.

L'essor des *testings* scientifiques et judiciaires

Sous l'une ou l'autre de ses deux formes, le *testing* connaît aujourd'hui, en France, un véritable essor.

Le *testing* scientifique est né, en Grande-Bretagne et aux États-Unis, de commandes ministérielles ou de l'initiative de *think tanks* proches de la décision publique. Aux États-Unis, c'est le Department of Housing and Urban Development qui, au début des années 1970, a lancé les premières séries d'audits par couple dans le secteur du logement. Cette origine explique sans doute que les Américains, aujourd'hui encore, organisent de préférence des *testings* où interviennent des personnes en chair et en os (comédiens, militants ou chercheurs). En Grande-Bretagne, la méthodologie du test de discrimination a connu des évolutions plus marquées. Conçu en 1966 par un « laboratoire d'idées » très actif, le *Political and Economic Planning*, le premier *testing* scientifique réalisé à grande échelle a visé simultanément le marché du logement, le marché du travail et trois marchés de services (assurances automobiles, locations de véhicules et réservations hôtelières)¹⁰. Les couples étaient composés de « vraies » personnes, réparties en trois séries : un groupe de contrôle (blanc), un groupe d'immigrés d'Europe de l'Est et un groupe d'immigrés « de couleur ». L'enquête a été reconduite en 1973, mais les inconvénients de l'*in-person audit* avaient été pointés, dans l'intervalle, par un autre groupe de chercheurs. Comment isoler de manière certaine le rôle de l'origine des individus dans le cadre d'une situation de face à face où les « biais de personnalité » sont, par la force des choses, impossibles à résorber complètement ? Pour contourner l'obstacle, la technique du *correspondence test* a été inventée¹¹ : les procédures de mise en relation de l'offre et de la demande passent par l'écrit exclusivement, pour neutraliser le facteur humain.

⁶ Bovenkerk F. (1992), *A Manual for International Comparative Research on Discrimination on the Grounds of Race and Ethnic Origin*, Genève, International Labour Office.

⁷ La Cour de cassation, après avoir rappelé « qu'aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale », a précisé qu'il appartient aux juges, en application de l'article 427 CPP, « d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire » (Cass. Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 131).

⁸ Sur ce point, voir Collet-Askri L. (2003), « *Testing or not testing?* La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal... », *Recueil Dalloz*, chron., p. 1309.

⁹ *Ibid.* On notera avec l'auteur que la question du *mobile* discriminatoire ne s'en trouve pas réglée pour autant : « prouver que des jeunes d'origine maghrébine ont été *délibérément* refoulés à l'entrée des discothèques ne suffit pas, il faut encore prouver que c'est *en raison de leur origine* maghrébine qu'ils l'ont été ».

¹⁰ Résultats publiés in Daniel W.W. (1968), *Racial Discrimination in England*, Harmondsworth, Penguin.

¹¹ Jowell R. et Prescott-Clarke P. (1970), « Racial Discrimination and White Collars Workers in Britain », *Race*, avril, 11, p. 397-417.

Les chercheurs français, à une exception près datant de la fin des années 1970¹², ont attendu les années 2000 pour recourir à ces techniques d'enquête. Les *testings* ont d'abord été utilisés par des économistes (avec les travaux de Pascale Petit), puis se sont développés dans le champ des études de gestion et management (c'est un professeur de gestion, Jean-François Amadiou, qui crée en 2003 l'Observatoire des discriminations). Les financeurs publics ne se sont manifestés que très progressivement : la DARES, le Centre d'analyse stratégique, et le fonds CMU¹³. La HALDE a également décidé de financer des *testings*, mais elle s'adresse à des bureaux d'étude plutôt qu'à des chercheurs (*testing* « logement » réalisé en 2006), et développe une approche plus managériale que scientifique (trois entreprises seulement sont visées par le *testing* « emploi » réalisé en avril 2006 par Jean-François Amadiou). Dans le même esprit, elle encourage l'auto-*testing* (illustré dans ce Dossier par le cas de PSA Peugeot Citroën). La richesse des échanges intervenus lors de la table ronde animée par Pierre-Yves Cusset montre en tout cas la fertilité du champ de recherche qui s'ouvre à nous, et il faut espérer que la dynamique engagée sera soutenue, au cours des années à venir, par le développement d'un financement public abondant et diversifié.

Sur le terrain judiciaire, la France accuse un retard initialement moins important que sur la scène scientifique, puisque le *testing* est utilisé comme instrument de stratégie contentieuse depuis la fin des années 1990. Mais son développement est très lent, pour trois raisons au moins.

On peut d'abord relever la réticence d'un certain nombre de juges du fond à accueillir ce moyen de preuve, en dépit des mises au point formulées, en 2000 et 2002, par la Cour de Cassation. La loi du 31 mars 2006 les incitera sans doute à surmonter ces préventions¹⁴. Le deuxième élément tient au fait que l'Association SOS Racisme, principal opérateur de ces tests, a longtemps voulu maintenir un double positionnement, à la fois médiatique et judiciaire. Les « nuits du *testing* » organisées à partir de 1998 visaient autant à alerter l'opinion sur la réalité des discriminations qu'à traîner en justice les patrons de boîtes de nuit. D'où des pratiques qualifiées par la Chancellerie, après un bilan dressé en juin 2000, de « très disparates et peu rigoureuses » – SOS Racisme négligeant même, aux dires de certains procureurs, de déposer plainte à la suite de *testings* « concluants » !¹⁵ Le troisième élément d'explication tient au manque d'intérêt que manifestent traditionnellement les spécialistes des questions de discrimination vis-à-vis de la répression pénale. Le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations (GELD) par exemple, aujourd'hui disparu, avait remis en octobre 2000 un rapport sur l'administration de la preuve en matière de discrimination qui restait pratiquement muet sur la question du *testing*.

Réticences des juges, défaillances de l'action associative et large indifférence des multiples conseils chargés de la lutte contre les discriminations : ces obstacles seront peut-être surmontés par les évolutions récentes de notre droit. La consécration législative des tests de discrimination (article 25 de la loi sur l'égalité des chances du 31 mars 2006) et l'invitation faite aux agents de la HALDE de participer à ces opérations (article 41 de la même loi) pourraient contribuer à développer le *testing* judiciaire. Le rôle des associations est à cet égard crucial. Si elles sont bien implantées sur l'ensemble du territoire, si elles disposent d'une expertise juridique de bon niveau et sont correctement dotées du point de vue financier ; si les conditions d'une saine collaboration avec les parquets et les officiers de police judiciaire sont réunies, elles pourront être la cheville ouvrière d'un meilleur respect du droit. Sera alors pleinement crédible, par exemple, la brochure ministérielle intitulée *La location sans discrimination*¹⁶ : « si vous avez des raisons de croire que le refus est lié à votre nom, à vos origines ou à votre accent, demandez à un ami ou une amie de téléphoner à son tour. Si cette personne obtient un rendez-vous pour visiter le même logement, alors que l'on vient de

¹² Pour une présentation de l'« étude comportementale réactionnelle *in situ* » menée en 1976-1977 par un laboratoire de l'EHESS, voir Cédiey E. et Foroni F. (2007), *Les discriminations à raison de l'origine dans les embauches en France. Une enquête nationale par tests de discrimination selon la méthode du BIT*, http://www.ilo.org/public/french/bureau/inf/download/discrim_france.pdf, p. 17-19.

¹³ Ces enquêtes sont présentées et discutées lors de la table ronde avec Éric Cédiey, Caroline Desprès et Yannick L'Horty.

¹⁴ Cette loi introduit dans le code pénal un article 225-3-1 précisant que le fait que la victime ait agi dans le but de démontrer l'existence d'une discrimination est sans incidence sur la qualification juridique des faits.

¹⁵ Ce bilan est notamment reproduit dans le rapport d'activité pour 2001 de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (*La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 51-55).

¹⁶ Disponible (depuis juin 2003) sur le site du ministère du Logement : <http://www.logement.equipement.gouv.fr>.

vous le refuser, vous pourrez légitimement penser que vous êtes victime de discrimination. Pour l'établissement de la preuve, vous pouvez demander assistance à des associations spécialisées dont le nom et les coordonnées figurent à la fin de ce guide. Elles pourront procéder à une expérience similaire et, si la preuve est faite qu'il y a effectivement discrimination, vous pourrez alors porter plainte pour pratique discriminatoire ».

Limites et vertus du *testing*

La limite fondamentale du *testing* tient à ce que, inspiré de l'expérimentation de laboratoire, il n'en est évidemment pas une. Le modèle d'une situation stylisée dont l'expérimentateur crée et maîtrise tous les éléments est ici un simple principe directeur, un horizon nécessairement inatteignable.

Le seul fait qu'une opération de *testing* se déroule dans le monde réel lui interdit en effet de réaliser pleinement sa visée d'observation « toutes choses égales par ailleurs ». Les deux membres du couple fabriqué pour réaliser le test sont placés dans des situations semblables ou similaires, jamais dans des situations identiques. Il est impossible de construire des candidatures jumelles qui ne diffèrent que par un élément et un seul – celui dont on veut tester le poids.

Ce problème, qui est au cœur de la critique adressée au *testing* dans le champ scientifique par un auteur comme James Heckman¹⁷, trouve son pendant dans l'application juridictionnelle des tests de situation : Véronique van der Plancke montre ainsi dans son article que la discussion, en Belgique, a fini par déboucher sur la formulation d'un « test de *comparabilité* ». Au nombre des obstacles qui s'opposent à la réalisation de cette condition d'identité entre les deux membres du couple, on relèvera – sans prétendre à l'exhaustivité – qu'il est impossible de construire des CV identiques pour un candidat dont l'un a trente ans et l'autre quarante-cinq¹⁸. On ne peut pas non plus, sauf à éveiller immédiatement sa méfiance, envoyer à un employeur (ou un bailleur, un assureur, un organisme de prêt, etc.) une série de dossiers parfaitement jumeaux. Des raisons pratiques évidentes s'opposent également à ce que soit respectée à la lettre la condition de simultanéité dans le temps des candidatures. Dans le cas des *in-person audits*, il est impossible, en outre, de supprimer complètement le « biais de personnalité ». On ne peut jamais être sûr, pour tout dire, qu'on teste bien la variable qu'on croit tester.

Le problème est encore plus aigu quand la variable à tester ne peut l'être que de manière *indirecte*. C'est le cas des critères dont la loi interdit l'expression officielle : l'origine nationale, la « race », la religion, les mœurs et autres critères « sensibles » ne figurent jamais dans les dossiers des candidats à l'emploi, au logement, etc. Le concepteur du *testing* doit donc trouver, pour installer ce critère dans le dispositif, un indicateur indirect (un *proxy*).

Celui-ci pour être opératoire, doit satisfaire deux conditions. Il doit jouer le rôle d'un signal perçu comme tel par tous les membres de la population testée (le signal « Mohammed » renvoie à *quelque chose*) ; il doit être interprétable de manière uniforme et univoque par tous les membres de la population testée (le signal « Mohammed » renvoie à *une seule chose*, et c'est la même dans l'esprit de tous). Selon la caractéristique qu'on cherche à tester, « Mohammed » sera donc un *proxy* de qualité excellente, moyenne ou nulle. Elle est nulle s'il s'agit de construire un couple de candidats dont l'un est homosexuel et l'autre pas, l'idée d'utiliser le prénom comme indice de l'orientation sexuelle ne venant à l'esprit de personne. Elle est excellente, en revanche, si la caractéristique étudiée est le sexe : le prénom est uniformément perçu comme l'indicateur du genre, et le décodage de cet indicateur aboutira partout à la même conclusion : « Mohammed est un homme ». Si « Mohammed » a été retenu pour signaler « l'origine ethnique », la qualité du *proxy* se dégrade : il n'est certes pas irréaliste de poser que le prénom est généralement perçu comme l'indicateur de l'origine, mais il est plus risqué de prévoir que le lien établi sera le même pour tous (« Mohammed est arabe », par exemple), ni surtout qu'il sera exclusif d'autres inférences (« Mohammed est musulman », « Mohammed est d'origine étrangère », « Mohammed vit dans un quartier populaire », etc.). La mauvaise qualité des *proxy* utilisables pour désigner l'ethnie ou la « race », largement mise

¹⁷ Heckman J. (1998), « Detecting Discrimination », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 12, p. 101-116.

¹⁸ En ce sens, voir les remarques de F. Burnier et B. Pesquié.

en évidence par différents travaux américains¹⁹, est inhérente au contenu même de ces « identités » réelles ou supposées, qui agrègent toujours un grand nombre de données sociologiques très hétérogènes entre elles.

Que conclure de ces réserves ? Qu'il ne faut pas surestimer la portée des *testings*... et qu'il faut continuer à en faire.

À lui seul, un *testing* judiciaire n'a pas de force probante (il s'analyse comme une *pré-constitution* ou un *élément* de preuve) ; à lui seul, un *testing* scientifique ne produit pas de résultats généralisables. Dans les deux cas, c'est un coup de sonde, un flash de radar sur une autoroute. Les voitures « flashées » à un instant *t* ne forment pas un échantillon représentatif de la flotte totale des véhicules en service sur le territoire : elles ont été flashées à l'instant *t*, on ne peut pas en dire grand-chose de plus. Par ailleurs, comme le souligne Yannick L'Horty, le domaine d'application du *testing* (scientifique ou judiciaire) est extrêmement étroit : il ne s'applique qu'aux procédures de sélection dans lesquelles l'offreur et le demandeur ne se connaissent pas, et où il n'existe aucune barrière spécifique à l'entrée.

D'application et de portée limitées, les *testings* demandent donc à être complétés par le recueil de données plus qualitatives. C'est le rôle de l'enquête judiciaire dans le cadre de poursuites pénales, et de l'enquête sociologique dans le cas d'un *testing* scientifique selon des modalités présentées par Marc Bendick, et dont l'enquête CMU, décrite dans ce numéro par Caroline Desprès, offre un exemple fort intéressant.

Par-delà l'apport de ces *testings* qualitativement enrichis au progrès de la connaissance et du droit, la multiplication de ce type d'enquêtes aurait un effet vertueux évident en termes de *mobilisation* dans la lutte contre les discriminations.

Mobilisation de l'opinion, d'abord : le *testing*, parce qu'il épouse étroitement la logique même de la discrimination qu'il saisit « sur le vif », revêt une dimension spectaculaire propre à séduire les médias. La presse écrite et audiovisuelle réserve toujours un large écho aux opérations de *testing* dont elle a connaissance, et certains magazines ou chaînes de télévision ont eux-mêmes organisé des mini-tests de discrimination. L'impact sur l'opinion est d'autant plus fort que le test de situation prétend donner à voir l'acte discriminatoire dans toute sa pureté, sans l'ombre d'une circonstance atténuante ou d'un fait justificatif. « J'aurais obtenu ce poste si j'avais été un homme et non une femme, *il n'y a pas d'autre raison* ».

Mobilisation, ensuite, des associations de défense des droits de l'Homme : le recours au droit n'est certes pas la seule voie que peut emprunter ce combat²⁰. Mais la juridicisation croissante de l'approche du fait discriminatoire (sous l'effet notamment du droit communautaire), l'abondance des outils désormais disponibles, la reformulation de la demande d'égalité en exigence « d'égalité de traitement », forment autant d'invitations à se tourner vers le juge. Le *testing* « militant », parce qu'il suppose la mise en œuvre d'importantes ressources humaines et matérielles, pourrait être l'équivalent, en France, de ce qu'est la *class action* aux États-Unis : un vecteur de mobilisation collective et de structuration de l'action associative.

Mobilisation, enfin, des pouvoirs publics, qui s'engagent progressivement dans le développement d'une technique particulièrement adaptée au cadre juridique français. En tant qu'instrument de mesure des discriminations, le *testing* complète la panoplie d'outils utilisés par différents acteurs publics : les enquêtes d'opinion (menées notamment par la CNCDH), la collecte de données statistiques (INSEE), les enquêtes démographiques et sociologiques (INED), l'analyse des pratiques de recrutement (DARES), la collecte de « réclamations » (HALDE), les suivis de cohorte (Céreq), etc. Dans un contexte de renouvellement de la réflexion sur les instruments de mesure des inégalités et des discriminations, le développement de l'audit par couple ouvre de nombreuses pistes, dont

¹⁹ Pour un bilan, voir Pager D. (2007), « The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination : Contributions, Critiques and Directions for the Future », *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 609, janvier, not. p. 109-112 (et notes).

²⁰ Voir par exemple le très beau catalogue de l'exposition *Droits de l'Homme, combats du siècle*, Manceron G. et Rebérioux M. (dir.) (2004), Seuil/BDIC.

beaucoup restent à explorer. Il en va de même pour le *testing* judiciaire, dont les potentialités sont immenses. Mieux codifiés, organisés selon des procédures où associations et autorité répressive assumeraient en toute clarté leurs responsabilités respectives, les *testings* permettraient sans aucun doute d'assurer une plus grande efficacité du droit de la non-discrimination et une véritable participation de la société civile à la conduite de la politique pénale du gouvernement.