

La Chambre criminelle valide le *testing* comme mode de preuve, serait-il déloyal...

à propos de l'arrêt du 11 juin 2002(1)

Laurence Collet-Askri, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à la faculté de droit d'Orléans, Centre de recherche juridique Pothier

L'essentiel

« Idem non esse et non probari ». En France, la discrimination raciale est mise en cause depuis plusieurs décennies, pourtant des discriminations de plus en plus nombreuses sont observées sur le territoire national, qui demeurent impunies. La raison en est simple : l'extrême difficulté de preuve du mobile discriminatoire. Le législateur y a récemment remédié, comme l'y invitait une directive européenne, mais dans le domaine limité de l'accès à l'emploi ; la pratique a donc inventé un autre mode de preuve, le *testing*, dont la loyauté peut être discutée, et que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a néanmoins admis dans sa décision du 11 juin 2002.

1 - Un vendredi soir en France... des jeunes décident de passer la soirée en discothèque, quoi de plus fréquent ? Des jeunes d'origine maghrébine se font refouler consécutivement à l'entrée de deux discothèques, quoi de plus banal ? En cette période où les médias relatent les faits divers les plus sordides face auxquels l'efficacité du droit est mise à mal, est-il bien raisonnable de s'attarder sur ces questions festives, surtout, le droit pénal n'a-t-il pas d'autres problèmes à traiter ? On aurait tort de minimiser l'impact de ces incivilités sur les individus qui en sont les victimes et bien au-delà sur la cohésion de la nation.

2 - Le législateur français ne s'y est pas trompé qui, au fil des siècles, a doté le pays d'un impressionnant arsenal législatif pour combattre le racisme(2). La valeur sociale qu'il s'agit de protéger est fondamentale, elle est consubstantielle à la République, il s'agit de l'égalité des individus ; ce n'est certes pas un hasard si le législateur révolutionnaire a fait figurer ce principe fondateur à l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

Dans la lignée de ce texte aujourd'hui de valeur constitutionnelle, et s'agissant plus particulièrement du thème qui nous occupe, les révolutionnaires adoptèrent deux textes fondamentaux, le premier pour conférer ou plus exactement pour *reconnaître* (un droit naturel), la citoyenneté aux Juifs français(3), le second pour abolir l'esclavage(4) mais ce dernier ne resta qu'une pétition de principes(5) puisqu'il fallut attendre 1848(6) et Victor Schoelcher pour que cette abolition fût effective(7).

3 - Les textes en cause en l'espèce sont beaucoup plus récents(8), il s'agit des articles 225-1 et 225-2, 1°, du code pénal, le premier incriminant, le deuxième réprimant différentes discriminations dont celles fondées *sur l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* que nous dénommerons ci-après discrimination raciale. Punissables en tant que tels depuis la loi du 1er juillet 1972 modifiée depuis lors à plusieurs reprises, ces comportements ne sont réprimés *qu'en considération du mobile discriminatoire qui a inspiré leur auteur*(9).

4 - L'exigence d'un mobile discriminatoire se comprend aisément ; il est tout à fait légitime

pour un gérant de discothèque de faire en sorte de ne pas laisser entrer dans son établissement des personnes totalement ivres ou encore armées, même simplement menaçantes : il se doit d'opérer cette sélection afin d'assurer la sécurité de ses clients. De même, dans un tout autre domaine, le contrat de travail est un contrat *intuitu personnae* et il est tout à fait légitime pour un employeur de choisir, entre deux candidats de qualifications équivalentes, celui qui lui apparaît le mieux convenir au poste. Il n'est donc pas question de réprimer pénalement de telles discriminations qui, pour reprendre les termes mêmes de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, sont *fondées sur l'utilité commune*. Pour être incriminée, la discrimination doit donc être inspirée par un mobile illégitime, contraire au principe fondamental d'égalité des individus ; en l'espèce leur origine maghrébine serait, selon le pourvoi, la raison pour laquelle les jeunes ont été refoulés à l'entrée des discothèques.

5 - En règle générale le mobile est indifférent en droit pénal(10), il doit être distingué de l'intention qui est une condition de mise en oeuvre de la responsabilité pénale de l'auteur pour la plupart des infractions(11). L'intention classiquement décomposée en volonté infractionnelle et en conscience infractionnelle est la condition psychologique(12) de la responsabilité pénale. Comme telle, elle est difficile à prouver puisqu'elle suppose qu'on scrute l'esprit du délinquant et les magistrats considèrent le plus souvent 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 le voisin).

S'agissant du mobile, la difficulté de preuve est encore plus grande, puisqu'il s'agit de pénétrer au plus profond de l'âme du délinquant : en l'espèce prouver que les 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.

C'est bien la difficulté de preuve du mobile discriminatoire qui est à l'origine de la pratique des *testings* dont la valeur au regard des règles de procédure pénale est appréciée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans sa décision du 11 juin 2002.

I - La preuve de la discrimination

6 - Comment est-il possible de prouver le mobile racial fondant la discrimination à l'entrée de la discothèque ? La seule preuve pleinement satisfaisante serait que l'employé de la discothèque ait dit aux jeunes « Pas d'Arabes ici » et qu'il le reconnaisse en justice. Autant dire que c'est une hypothèse d'école. Existe-t-il un autre moyen parfaitement satisfaisant et fiable de le prouver ? Assurément, non !

Faut-il en déduire que cette législation anti-raciste ne serait qu'un trompe-l'oeil, et que les discriminations pour être incriminées n'en seraient pas moins jamais réprimées, faute de preuve ?

7 - Ici encore le législateur français, toujours à la pointe en matière de lutte contre le racisme, a réagi en s'inspirant d'une jurisprudence audacieuse de la Chambre sociale de la Cour de cassation(13) : il a créé une présomption venant décharger la victime de la discrimination du fardeau de la preuve impossible. Toutefois n'est-il intervenu que dans le domaine du travail, il est vrai le plus essentiel, et le meilleur facteur d'intégration sociale (A) ; dans les autres domaines de la vie sociale dans lesquels des pratiques discriminatoires sont apparues, le *testing* est un autre moyen, imaginé par la pratique, de vaincre les difficultés de preuve du mobile discriminatoire (B).

A - La présomption légale en matière de discrimination à l'embauche

8 - La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001(14) relative à la lutte contre les discriminations dispose en son article 1er, I, que « ... le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments

objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »(15).

Si cette loi s'inscrit dans la tradition française évoquée plus haut, il faut souligner qu'elle répond également à un souhait communautaire(16) puisqu'elle intègre en droit interne les dispositions de l'article 8 de la directive 2000/43 du 29 juin 2000(17) relative à la mise en oeuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

9 - Le renversement de la charge de la preuve opéré par l'article 1er de la loi du 16 novembre 2001 n'est pas systématique : toute personne d'origine étrangère écartée d'une procédure de recrutement n'est pas regardée comme la victime d'une discrimination raciale. Le renversement de la charge de la preuve est soumis à une condition préalable : le candidat malheureux doit présenter au juge des éléments de fait *laissant supposer* l'existence d'une discrimination. C'est seulement si l'individu qui se prétend victime d'une discrimination apporte au juge des indices qui permettent de tenir pour probable l'existence de cette discrimination, que la charge de la preuve sera inversée ; elle ne pèsera plus alors sur les épaules du demandeur mais sur celles du défendeur qui ne sera plus présumé innocent. En effet, c'est bien l'employeur qui devra alors se justifier, en précisant au juge les éléments objectifs étrangers à toute discrimination sur lesquels il s'est fondé pour ne pas recruter le candidat d'origine étrangère.

En d'autres termes, le renversement de la charge de la preuve repose sur la vraisemblance de la discrimination, mais c'est à la victime d'apporter la preuve de cette vraisemblance, elle ne peut pas se contenter de se prévaloir - si l'on peut dire - de son origine étrangère. Il apparaît ainsi qu'elle n'est déchargée qu'en partie du fardeau de la preuve, en ce sens qu'elle n'a pas à établir une certitude mais une simple vraisemblance : le législateur lui fait grâce de la marge entre la vraisemblance et la certitude, et encore cette faveur ne lui donnera pas forcément gain de cause puisque l'employeur peut rapporter la preuve contraire(18).

10 - Si l'on veut s'interroger sur les raisons de cette faveur du législateur, il faut bien sûr évoquer l'extrême difficulté de la preuve du mobile discriminatoire mais également souligner les nombreuses discriminations observées sur le territoire national(19). On pourrait y voir une déclinaison du principe *plerumque fit*.

Revenons à nos malheureux noctambules qui ne bénéficient d'aucune présomption, même si de nombreux cas de discriminations raciales à l'entrée des discothèques ont été rapportés. Comment peuvent-ils prouver que c'est en raison de leur origine maghrébine que l'entrée dans deux discothèques leur a été refusée ?

B - Dans les autres domaines, le *testing* ?

11 - D'autres personnes ont sans doute connu la même déconvenue à l'entrée des discothèques cette même nuit et qui n'étaient pas d'origine maghrébine : telle était dans une tenue trop négligée, telle autre complètement ivre...

En l'espèce, devant la cour d'appel, les portiers ne se rappellent pas pour quelle raison ils avaient rejeté les jeunes plaignants un vendredi soir, un an plus tôt : qui songerait à le leur reprocher ? En revanche, ce dont ils sont parfaitement certains, c'est qu'ils ne les avaient pas refusés parce qu'ils étaient d'origine maghrébine ; du reste les gérants des discothèques démontrent, photos à l'appui, que des Maghrébins fréquentent leur établissement.

On imagine l'instance, accusations des jeunes d'origine maghrébine, dénégations des portiers et de leurs employeurs... Ces derniers, bénéficiant du doute comme tout accusé, ne seraient pour finir pas condamnés.

Pour échapper à cette difficulté de preuve, l'association SOS Racisme(20) organise des *testings*.

1 - *Modus operandi*

12 - Le procédé est utilisé en l'espèce dans les deux discothèques mises en cause : trois groupes de trois personnes avaient été constitués, l'un composé de deux hommes et une femme d'origine maghrébine, l'autre d'un homme et de deux femmes d'origine européenne, le troisième de deux hommes et une femme d'origine nord-africaine. Les groupes de jeunes se sont présentés successivement à l'entrée des deux discothèques de sorte que l'affluence ne pouvait être une justification de la différence de traitement entre les groupes puisqu'ils se sont présentés le même jour, à la même heure.

Cependant, si le groupe des jeunes d'origine européenne est entré sans difficulté, les deux autres composés de Maghrébins se sont vu interdire l'accès dans les deux discothèques. Ce simple fait ne suffit pas à prouver la discrimination raciale ; on le sait, le mobile lié à l'origine ethnique des jeunes gens doit être mis en évidence pour confondre les prévenus. Selon les témoignages des couples, les mobiles invoqués par les portiers sont de deux ordres : dans la première discothèque, l'accès leur a été refusé au motif qu'ils n'étaient pas connus des portiers et n'avaient pas de carte de membre, sans qu'on leur indique, cela va sans dire, comment s'en procurer une ! Dans la seconde discothèque, l'entrée leur a été refusée parce qu'ils n'étaient pas des habitués (cela ne s'invente pas ! comment le devenir ?) et parce qu'ils n'avaient pas de carte d'étudiant.

L'affaire pourrait s'arrêter là : un club privé qui réserve l'accès à ses seuls membres, une discothèque à la clientèle exclusivement étudiante... Là où le bât blesse, c'est que dans le même temps le groupe de jeunes gens d'origine européenne qui n'étaient pas des habitués, qui n'étaient pas connus des « portiers », n'avaient ni carte de membre, ni carte d'étudiant, sont entrés sans la moindre difficulté, le même jour, à la même heure dans chacun des deux établissements. Voilà qui est troublant...

13 - C'est précisément l'objet du *testing* que d'apporter la contre-épreuve et de mettre ainsi en évidence la fausseté des mobiles invoqués par les « portiers » pour refuser l'entrée aux jeunes d'origine maghrébine, prouvant ainsi indirectement le mobile réel : l'origine ethnique.

2 - Les défauts du procédé

14 - On voit bien les défauts d'un tel procédé : il y a indiscutablement sinon une mise en scène, du moins une préparation de l'opération de la part de SOS Racisme ; de plus les jeunes gens volontaires pour tester les discothèques sont tous des sympathisants de SOS Racisme, qui est par ailleurs partie civile au procès. Ce qui conduit à s'interroger sur la valeur de la preuve obtenue par *testing*.

II - Valeur de la preuve obtenue par *testing*

15 - Pour motiver sa décision de relaxe au bénéfice des gérants de discothèques, la cour d'appel de Montpellier avait dénié toute valeur juridique à la preuve obtenue par *testing* estimant que le procédé était déloyal ; elle avait notamment relevé le manque d'objectivité des témoins ayant participé au *testing*. C'est donc bien la loyauté de la preuve qui était en cause : les jeunes avaient caché leur qualité de sympathisants de SOS Racisme pour tendre un piège aux « portiers » des discothèques, futures victimes et futurs témoins avaient participé ensemble aux préparatifs du *testing* avant de tenir leur rôle, porter plainte pour les uns, témoigner pour les autres.

16 - L'exigence de loyauté dans la recherche des preuves est l'« élément pondérateur » (21) de la liberté de la preuve en matière pénale, un auteur l'a définie comme « une manière d'être de la recherche des preuves conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »(22). Le devoir de loyauté qui ne se limite ni à la recherche de la preuve ni au droit pénal(23) fait l'objet en la matière d'une interprétation restrictive par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, peut-être parce qu'il protège alors des individus qui ont singulièrement manqué de loyauté(24) ! Par une jurisprudence contestée(25) mais confirmée à maintes reprises, la Chambre criminelle considère en effet 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 »(26).

17- Le principe du contradictoire et celui de l'intime conviction des juges sont souvent invoqués pour justifier cette jurisprudence(27) : les prévenus peuvent, il est vrai, contester par tous moyens la preuve résultant du *testing* et en l'espèce leurs dénégations n'étaient manifestement pas convaincantes ; quant au juge il est libre d'accorder le crédit qu'il souhaite à la preuve apportée. Ces arguments n'emportent pas la conviction d'une partie de la doctrine qui considère que les principes du contradictoire et de l'intime conviction des juges viennent s'ajouter au principe de loyauté et n'ont pas pour objet de le suppléer(28).

18 - Il faut toutefois relever l'évolution qui se dessine sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'exigence d'un procès équitable tendant à remplacer « la vieille idée de la déloyauté dans la recherche des preuves »(29). Au regard de cette exigence, la Cour européenne a adopté une position nuancée estimant qu' « elle ne saurait exclure par principe et *in abstracto* l'admissibilité d'une preuve recueillie de manière illégale »(30).

19 - En dernier lieu, la jurisprudence de la Chambre criminelle s'est vu d'une certaine façon consacrée par le législateur qui, lors des débats parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 15 juin 2000, a rejeté un amendement parlementaire visant à faire figurer à l'article préliminaire introduit dans le code de procédure pénale par la loi nouvelle, l'exigence de loyauté dans la recherche des preuves(31).

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la Chambre criminelle de la Cour de cassation ait, dans la présente décision, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, estimant que la preuve obtenue par *testing* était recevable (A). Au-delà de l'admissibilité de ce mode de preuve, cette décision conduit à s'interroger sur l'opportunité et la légitimité d'une telle intrusion de la partie civile dans la recherche des preuves (B).

A - L'admissibilité de la preuve obtenue par *testing*

Ce piège tendu aux employés de discothèques n'est pas sans rappeler les « souricières » montées par les policiers agissant sous couverture, que l'on désigne en procédure pénale sous le terme de provocation. Il est intéressant de s'interroger sur la valeur juridique du *testing* en le passant au crible des règles applicables à la provocation.

1 - La provocation

20 - « La provocation consiste pour un agent public, policier, magistrat, douanier... à *dissimuler sa qualité pour approcher des délinquants potentiels ou suspectés et constater leurs infractions* »(32). Cette définition jette d'emblée un doute sur la légalité du procédé : le principe de loyauté s'oppose en effet à toute dissimulation(33). Pourtant, en procédure pénale française(34), la provocation n'est pas nécessairement illégale.

21 - Le législateur est récemment intervenu sur cette question dans le domaine particulier du trafic de stupéfiants par la loi du 19 décembre 1991(35), pour dégager la responsabilité pénale des officiers de police judiciaire et de gendarmerie ainsi que celle des agents des douanes habilités, lorsqu'ils se livrent à des agissements illégaux, par exemple transporter eux-mêmes des stupéfiants, en vue d'établir l'existence d'un trafic. Dès lors qu'ils auront avisé le procureur de la République (art. 706-32, al. 1er et 2, c. pr. pén.), ils pourront bénéficier d'un fait justificatif tiré de la permission de la loi.

22 - En dehors de l'hypothèse visée par la loi, la jurisprudence opère une première distinction suivant le stade de la procédure : l'exigence de loyauté est moindre au début de la procédure, elle s'accroît dès lors qu'une instruction est ouverte.

En toutes circonstances au cours de l'instruction, le juge qui la dirige doit se présenter à ses interlocuteurs en précisant sa qualité(36) ; de même à cette étape de la procédure les

policiers agissant sur commission rogatoire ne peuvent user de provocation, puisqu'ils tirent leurs pouvoirs du juge d'instruction(37).

La loyauté s'apprécie différemment en amont de la procédure, les policiers menant une enquête(38) peuvent dissimuler leur qualité : ici intervient la seconde distinction opérée par la jurisprudence entre *la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction*(39).

23 - La première, parfaitement légale, consiste pour les policiers à demeurer des agents passifs du processus infractionnel, par exemple lorsque, dissimulés, ils constatent la commission de l'infraction mais aussi lorsqu'ils se font passer pour des clients pour entrer en contact avec le revendeur de substances illicites, dans la mesure où ce dernier est connu comme tel(40). Dans les deux cas les policiers ne vont pas empêcher la commission de l'infraction mais au contraire l'attendre, si l'on ose dire, avec impatience : cela pourrait paraître surprenant et à l'opposé de leur mission. Il faut toutefois préciser que la provocation intervient en face de délinquants habituels dont les agissements sont connus des services de police(41) bien que ces derniers n'en aient pas la preuve, et c'est précisément dans l'objectif d'établir la preuve des infractions qu'une « souricière » est mise en place.

24 - Dans la seconde catégorie de provocation, dite provocation à l'infraction, les policiers interviennent activement dans le processus infractionnel, en ce sens que sans la pression exercée sur lui par les agents publics sous couverture, le délinquant ne serait pas passé à l'action : « le piège tendu est donc la cause de l'infraction »(42). Une telle provocation vicie la procédure parce qu'elle est déloyale à l'extrême. La Cour de cassation a récemment estimé qu'elle pouvait justifier l'annulation du réquisitoire introductif fondée sur des pièces(43) elles-mêmes annulées en raison de la provocation policière(44) qualifiée de « machination de nature à déterminer /les/agissements délictueux.. » et encore de « stratagème qui a vicié la recherche et l'établissement de la vérité.../.../ porté atteinte au principe de la loyauté de la preuve ». C'est donc bien toute la procédure subséquente qui peut se trouver entachée par une provocation à l'infraction.

25 - Cette distinction a été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme(45) qui, si elle considère que la recevabilité des preuves relève en premier chef des règles de droit interne(46), n'en contrôle pas moins que le mode de présentation des preuves ait revêtu un caractère équitable. Tel n'est pas le cas, selon elle, si les policiers ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse du prévenu mais exercent une influence de nature à l'inciter à commettre l'infraction, cette « provocation à l'infraction... prive *ab initio* et définitivement le requérant d'un procès équitable »(47).

2 - Le *testing* provocation déloyale à l'infraction ?

26 - En l'espèce, c'est bien le rôle actif joué par les jeunes dans la commission de l'infraction qui a été souligné par la cour d'appel de Montpellier pour motiver sa décision, ces derniers n'allaient pas passer une soirée en discothèque mais avaient pour mission de se faire refouler à l'entrée de la discothèque. Le rôle de SOS Racisme était également critiqué par les défenseurs : les groupes n'étaient pas composés de façon identique, deux jeunes filles et un jeune homme pour le groupe d'origine européenne, une seule jeune fille et deux jeunes gens pour les groupes d'origine maghrébine.

27 - En premier lieu, il faut relever qu'il n'y a pas provocation au sens défini plus haut, dans la mesure où ce ne sont pas des agents publics qui ont tendu le piège mais des personnes privées, une association et certains de ses sympathisants. Ce point étant précisé, on peut tout d'abord s'interroger sur l'applicabilité des règles de procédure pénale aux simples particuliers, c'est sur ce terrain que se place la Cour de cassation. La Chambre criminelle confirme sa jurisprudence et estime que les règles de la procédure pénale, notamment l'exigence de loyauté, ne s'appliquent pas dans les mêmes termes(48) aux simples particuliers, qui peuvent par conséquent s'affranchir des limites posées par le législateur aux pouvoirs d'investigation des magistrats et des policiers. L'attendu de principe est clair, il vise l'article 427 du code de procédure pénale qui pose les principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction du juge : une seule limite est posée par le texte, le respect du principe du contradictoire.

28 - C'est le second arrêt de la Cour à valider le *testing* comme mode de preuve, sa portée semble devoir être considérable : dans la première espèce(49) qui avait donné lieu à un arrêt de rejet, le *testing* avait eu lieu en présence d'un huissier de justice qui avait dressé un constat ; en l'espèce, ainsi que le soulignait la cour d'appel de Montpellier dans sa décision attaquée, il n'y eut devant les discothèques aucune intervention d'un officier ou agent de police judiciaire ni d'un huissier de justice. Par cet arrêt de cassation, la Haute juridiction conforte l'Association SOS Racisme dans sa pratique des *testings* qui ne concerne aujourd'hui plus seulement les discothèques(50).

29 - Cette jurisprudence ne devrait pas faire l'unanimité, la doctrine est en effet partagée quant à la portée de l'exigence de loyauté dans la recherche de la preuve à l'égard des parties ; pour certains auteurs, elle doit s'apprécier « nécessairement différemment »(51) à l'égard de la victime de l'infraction ; pour d'autres, les simples particuliers doivent être soumis aux mêmes obligations que les agents publics(52).

30 - En l'espèce, doit-on considérer que le *testing* est déloyal ? En d'autres termes, le *testing* s'analyse-t-il comme une provocation à la preuve ou comme une provocation à l'infraction ? Dès lors que les jeunes gens sont dans une tenue correcte, qu'ils ne sont pas en l'état d'ébriété et ne se montrent pas agressifs, il est difficile de les accuser de provoquer l'infraction. Il faut ajouter que SOS Racisme ne pratique pas ses *testings* au hasard ; les établissements testés sont choisis en fonction des signalements de discriminations(53) qu'elle reçoit de ses sympathisants. Le *testing* s'apparente donc plutôt à une provocation à la preuve et comme telle ne peut être considéré par principe et *in abstracto* comme déloyal, même s'il peut s'avérer l'être en fonction des conditions dans lesquelles il a été pratiqué, c'est là une question de fait.

Il reste qu'il ne présente pas les mêmes garanties de fiabilité qu'une opération policière menée par des officiers assermentés ; ce qui nous conduit à aborder la deuxième question que nous suggère cette décision : est-il légitime de la part de simples particuliers de s'impliquer ainsi dans la recherche des preuves, en allant jusqu'à organiser une opération de provocation ?

B - La légitimité du *testing*

31 - La question en rappelle une autre, la possibilité reconnue à la victime de se porter partie civile et plus encore celle reconnue à certaines associations de se porter parties civiles(54) ont été elles-mêmes très discutées ; on y a opposé le *principe nul ne plaide par procureur*. Pour s'en tenir à la recherche de la preuve, il est certain qu'il n'est pas dans la tradition procédurale française(55) que la partie civile recherche des preuves contrairement à l'usage en procédure pénale américaine(56) par exemple, l'avocat américain s'adjoignant en effet souvent les services de détectives. Cette tradition française a d'ailleurs été invoquée pour expliquer l'absence dans le code de procédure pénale de règles pour encadrer la recherche de preuves par les parties : le législateur n'a pas envisagé qu'elles se mêlent de cette question(57).

32 - Dans une société idéale, il serait très certainement souhaitable que les policiers organisent eux-mêmes des *testings* dans des discothèques, mais ils sont aujourd'hui occupés à d'autres tâches. Par cette décision, les magistrats de la Chambre criminelle de la Cour de cassation font indéniablement preuve de pragmatisme, afin d'éviter que des faits de discriminations avérés ne demeurent impunis. L'arrêt commenté s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence de cette même Chambre relativement à la loyauté des preuves dans le procès pénal, jurisprudence en prise avec la réalité. Les policiers ne peuvent être partout, surveiller chaque entrepôt, chaque commerce pour surprendre un employé indélicat, ils ne peuvent pas enregistrer des conversations téléphoniques privées pour prouver des appels malveillants. Les victimes sont donc amenées à collecter elles-mêmes les preuves des infractions dont elles se plaignent, et la Chambre criminelle a pris le parti d'admettre avec bienveillance ces preuves obtenues par des moyens déloyaux, voire même au prix d'infractions(58), pour que justice puisse être rendue(59).

33 - Est-ce à dire que tous les moyens de preuve apportés par la partie civile sont bons pour démontrer la vérité ? On touche ici la question fondamentale des rapports entre la vérité et la preuve en droit pénal au sujet de laquelle un auteur a caractérisé la « bipolarité des systèmes de preuve pénale qui oscillent toujours entre désir de vérité et souci de légitimité »(60).

La vérité est un objectif (61) qui impose le principe de liberté de la preuve(62) mais ce n'est pas dire que tous les moyens soient permis pour l'atteindre. Ceci reste vrai pour la partie civile, on n'imagine pas la Cour de cassation approuvant la condamnation d'un prévenu sur la base d'aveux recueillis sous la torture de la partie civile. Il faut l'admettre, la vérité n'est pas toujours un *objectif à portée*(63), c'est d'ailleurs une des raisons pour lesquelles les règles de preuve sont là, « pour imposer leur légitimité »(64).

34 - Ceci posé, en l'espèce, la partie civile n'a pas eu recours à la torture mais à une simple provocation à la preuve et cette décision mérite d'être approuvée. L'ineffectivité du droit est un facteur de trouble social : quelle légitimité pour un pouvoir qui énonce des règles qu'il est incapable de faire respecter ?

On sait que le caractère obligatoire de la règle de droit repose sur l'*opinio necessitatis*, si même les règles répressives ne sont pas sanctionnées dans les faits, c'est bien l'ensemble de l'édifice qui risque de s'effondrer. Il est heureux que les magistrats de la plus Haute juridiction s'en soucient.

Mots clés :

PREUVE * Administration de la preuve * Matière pénale * Mode de preuve * Loyauté * Discrimination raciale

(1) Pourvoi n° 01-85.559, Bull. crim., n° 131 ; D. 2002, IR p. 2657 ; Rev. science crim. 2002, p. 879, obs. J.-F. Renucci ; V. aussi pourvoi n° 01-85.560, inédit, du même jour,.

(2) Pour le droit comparé au sein des Etats membres de l'Union européenne : *Moyens juridiques pour combattre le racisme et la xénophobie*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1993.

(3) Loi du 27 septembre 1791 (à l'initiative de l'abbé Grégoire).

(4) Décret du 16 pluviôse an II (4 février 1794).

(5) L'esclavage fut officiellement rétabli en 1802 par Bonaparte (loi du 20 floréal an X).

(6) Décret du 27 avril 1848 ; puis Constitution de la IIe République, article 6 : « L'esclavage ne peut exister sur aucune terre française ».

(7) Le Parlement français a parachevé cette évolution législative en adoptant la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 (D. 2001, Lég. p. 1853) tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ; au plan international, V., à propos de la conférence de Durban contre le racisme, les discriminations raciales, la xénophobie et l'intolérance (31 août-8 septembre 2001), Y. Laurin, Un fonds international d'indemnisation des victimes du racisme, D. 2001, Chron. p. 2308.

(8) Entre les deux on pourrait citer la loi du 10 juillet 1936 relative aux groupes de combats et aux milices privées dont l'article 1er (6°) dispose que seront dissous toutes les associations ou groupement de fait qui « soit provoqueraient à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, soit propageraient des idées ou théories tendant à justifier ou à encourager cette discrimination, cette haine ou cette violence », récemment appliquée par le président de la République dans le décret du 6 août 2002 (JO 8 août) portant dissolution d'un groupement de

fait (dénommé Unité radicale) agissant ainsi conformément à ses engagements de lutter contre les inégalités et le racisme.

(9) M. Véron, *Droit pénal spécial*, Masson Armand Colin, coll. U ; Rép. pén. Dalloz, v° *Discriminations*, par F. Desportes.

(10) Cass. crim. 8 déc. 1998 et 16 mars 1999, D. 2000, Somm. p. 120, obs. M. Segonds.

(11) Les infractions dite involontaires étant très peu nombreuses.

(12) Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 7e éd., 1997, n° 521 s.

(13) Cass. soc. 23 nov. 1999, Bull. civ. V, n° 447 ; D. 2000 IR p. 46 ; 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 126 : « la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié » .

(14) JO 17 novembre, p. 18311 ; D. 2001, Lég. p. 3411 ; pour un commentaire, V. M. Keller, *La loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations*, D. 2002, Chron. p. 1355.

(15) Article L. 122-45, al. 4, du code du travail.

(16) Et plus largement à un engagement international : Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 7 mars 1966 (publiée par le décret n° 71-901 du 2 novembre 1971, JO 10 novembre) ; *adde* R. de Gouttes, *Le comité des Nations unies pour l'élimination de la discrimination raciale*, Rev. science crim. 1991, p. 537.

(17) D. 2000, Lég. p. 438 ; sur la directive, V. obs. F. Taquet, JCP 2 janvier 2002, *Aperçu rapide*, p. 1 ; avant cette directive, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

(18) Cette présomption est donc compatible avec la présomption d'innocence selon les critères posés par : CEDH 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, série A, n° 141.

(19) Différents organismes ont été créés pour observer les discriminations au plan national ; on citera les CODAC, commissions départementales d'accès à la citoyenneté, un numéro vert le 114 a été mis en place le 18 mars 2000 ; enfin le GELD, groupement d'études et de lutte contre les discriminations raciales, dont le président de la République a annoncé qu'il serait remplacé dans un délai de deux ans par une « autorité indépendante » chargée de lutter contre toutes les formes de discriminations et dotée de pouvoirs d'investigation et de sanction (*Le Monde*, 16 et 22 oct. 2002) ; au plan européen on citera l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes auteur d'une récente étude sur la montée de l' « islamophobie » dans l'Union européenne depuis le 11 septembre 2001.

(20) Qui, par ailleurs, en application de l'article 2-1 du code de procédure pénale peut exercer les droits reconnus à la partie civile.

(21) P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges Hugueney, 1964, n° 1.

(22) P. Bouzat, *op. cit.*, n° 20.

(23) L. Aynès, *L'obligation de loyauté*, Archives phil. droit, t. 44, L'obligation, 2000, p. 204 ; V. Perrocheau, *Des fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves*, Petites affiches, 17 mai 2002, p. 6.

(24) A. Leborgne, *L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe*, RTD civ. 1996, p. 535, spéc. p. 547.

(25) M.-L. Rassat, note sous Cass. crim. 6 avr. 1993, JCP 1993, II, 22144, et autres références citées *infra*, n° 29, note 52.

- (26) Cass. crim. 15 juin 1993, D. 1994, Jur. p. 613, note C. Mascala.
- (27) V. notamment les obs. de P.-Y. Gautier, RTD civ. 1996, p. 197, n° 6.
- (28) M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, PUF, coll. Droit fondamental, 2001, n° 214.
- (29) M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, Droits, 1996, n° 23, p. 53 s., cit. p. 64.
- (30) *CEDH c/ Suisse*, 12 juill. 1988, série A, n° 140.
- (31) Ass. nat., compte rendu intégral : 1re séance du 24 mars 1999, p. 2791, et 2e séance du 9 févr. 2000, p. 910.
- (32) M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 215.
- (33) V. notamment L. Aynès, *op. cit.*, p. 195 : « la déloyauté consiste à émettre des signaux trompeurs ».
- (34) Pour le droit comparé, V. : droit anglais, J. R. Spencer, *Les limites en matière de preuve. Aspects actuels*, Rev. science crim. 1992, p. 43 ; droit italien, M. Chiavario, *Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne*, Rev. science crim. 1992, p. 30 ; M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, 1re éd., 1995, PUF, coll. Thémis, spéc. p. 523 s. ; J. Pradel, *Droit pénal comparé* Dalloz, coll. Précis, 1995, n° 325 s.
- (35) V. le commentaire du professeur Pradel, D. 1992, Chron. p. 229 s.
- (36) Ch. réun. 31 janv. 1888, S. 1889, 1, p. 241, arrêt *Wilson*.
- (37) Cass. crim. 12 juin 1952, arrêt *Imbert*, JCP 1952, II, 7241, note Brouchet ; S. 1954, 1, p. 69, note Légal ; Pradel et Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 3e éd., 2001, n° 15.
- (38) Bouzat, cité *supra*, n° 14, p. 167 ; J.-Cl. *Procédure pénale*, v° *Enquête préliminaire*, par J.-L. Poisot, spéc. n° 75 ; J. Pradel, *De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal*, D. 1998, Chron. p. 57 ; V. toutefois pour une opinion contraire : Guinchard et Buisson, *Procédure pénale*, Litec, 2e éd., 2002, n° 469.
- (39) Conte et Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Armand Colin, coll. U, 4e éd., 2002, n° 66 ; Maistre du Chambon, *La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence*, JCP 1989, I, 3422.
- (40) Pour une autre illustration : des policiers se présentant dans un bar comme des consommateurs anonymes se sont vu proposer des relations sexuelles tarifées par les hôtesse : leur intervention ayant pour « seul effet de permettre la constatation d'une activité délictueuse et d'en arrêter la continuation », la preuve recueillie de cette manière est recevable (Cass. crim. 17 oct. 1991, inédit, pourvoi n° 90-84887).
- (41) Maistre du Chambon, cité *supra*, n° 9 ; Cass. crim. 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71 ; 22 juin 1994, Bull. crim., n° 247.
- (42) Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, Cujas, 2001, n° 157.
- (43) Cass. crim. 27 févr. 1996, D. 1996, Jur. p. 346, note C. Guéry ; JCP 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat.
- (44) Il est intéressant de relever qu'en l'espèce les policiers n'étaient pas à l'origine de la provocation mais y avaient participé de manière active.

(45) Sous une terminologie un peu différente : l'agent infiltré est celui qui provoque à la preuve, l'agent provocateur est celui qui provoque à l'infraction (CEDH 9 juin 1998, *Teixeira de Castro c/ Portugal*, Rec. 1998.IV).

(46) CEDH 12 juill. 1988, *Schenck c/ Suisse*, série A, n° 140 ; *adde* Pradel et Corstens, Droit pénal européen Dalloz, 2e éd., 2002, n° 355 ; R. Legeais, Le droit de la preuve à la Cour européenne des droits de l'homme, in La sanction du droit, Mélanges offerts à P. Couvrat, PUF, 2001, p. 255 ; L. Pettiti, Le régime des preuves au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Rev. science crim. 1989, p. 395 ; M. van de Kerchove, La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme, Rev. science crim. 1992, p. 1.

(47) CEDH 9 juin 1998, *Teixeira de Castro*, préc.

(48) Une exigence de loyauté minimale doit subsister, V. *infra*, n° 33 ; Pradel et Varinard, *op. cit.*, p. 192.

(49) Cass. crim. 12 sept. 2000, pourvoi n° 99-87251, contre CA Orléans, 2 nov. 1999.

(50) L'association a organisé cet été des *testings* dans des campings : *Le Monde*, 9 août 2002 ; pratique qui a déjà été validée par des juridictions du fond, V. notamment T. corr. Saint-Nazaire, 27 août 2002, condamnant à 1 500 euros d'amende le gérant d'un camping pour discrimination raciale.

(51) Conte et Maistre du Chambon, *op. cit.*, n° 66, qui estiment toutefois que la jurisprudence est allée trop loin ; Lesclous et Marsat, Droit pénal, février 1993, chap. 4 « ...il n'appartient pas au juge de créer des formes supplémentaires au procès pénal qui ne rejette que les actes nuls ou inexistantes » ; Pradel, Procédure pénale, Cujas, 1997, n° 277 ; Mascala, note préc.

(52) M.-L. Rassat, Traité de procédure pénale, PUF, coll. Droit fondamental, n° 214 ; Stefani, Levasseur et Bouloc, Procédure pénale, Précis Dalloz, 18e éd., 2001, n° 146 s ; Guinchard et Buisson, *op. cit.*, n° 465 s., spéc. n° 471 ; ces auteurs préconisent d'écarter les preuves obtenues de manière illégale ce qui est la solution des droits italien (art. 191 c. pr. pén.) et belge (V. M. Delmas-Marty, Procédures pénales d'Europe, *op. cit.*, p. 204).

(53) En ceci elle se rapproche également des provocations policières (cf. *supra*, n° 23, note 41).

(54) Comme c'est le cas pour SOS Racisme en l'espèce.

(55) On relèvera toutefois l'évolution du droit français initiée par les lois des 4 janvier et 24 août 1993 : la partie civile (comme l'accusé) peut demander par écrit au juge d'instruction de procéder à des actes utiles à la manifestation de la vérité, possibilité étendue par la loi du 15 juin 2000 (art. 82-1 c. pr. pén.).

(56) Ce qui est une conséquence du caractère accusatoire de la procédure : il appartient à la police et à la défense de rechercher les preuves, non au juge. Le manque de moyens de la défense est souvent mis en avant ; V. notamment M. Delmas-Marty, La preuve pénale, préc., p. 61.

(57) M.-L. Rassat, *op. cit.*, n° 214, p. 335.

(58) Cass. crim. 6 avril 1993, préc., JCP 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; Pradel et Varinard, Les grands arrêts de la procédure pénale, préc., p. 184 ; Cass. crim. 30 mars 1999, D. 2000, Jur. p. 391, note T. Garé.

(59) A rappr. Pradel et Varinard, *op. cit.*, p. 192 ; même constat, mais critiquant la jurisprudence, H. Leclerc, Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France, Rev. science crim. 1992, p. 15, spéc. p. 17.

(60) M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, *op. cit.*, p. 55 ; sur cette question, V. également X. Lagarde, *Vérité et légitimité*, *Droits*, 1996, n° 23, p. 31 s.

(61) C'est le cas en droit pénal, en procédure civile, V. P. Théry, *Les finalités du droit de la preuve*, *Droits*, 1996, n° 23, p. 41, spéc. p. 48.

(62) Merle et Vitu, *op. cit.*, n° 152.

(63) Lagarde, *op. cit.*, p. 36.

(64) *Ibid.*