



**COUR DE CASSATION**

**RAPPORT DE M. GUÉRY,  
CONSEILLER**

**Arrêt n° 456 du 22 septembre 2021 – Chambre criminelle**

**Pourvoi n°20-80.489**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Lyon, 4ème chambre, du 14  
janvier 2020**

**Procureur général près la cour d'appel  
C/  
Monsieur [Y] [Q], et autres**

---

Sur le pourvoi formé par le procureur général près la cour d'appel de Lyon et sur les pourvois formés par M. [Y] [Q], Mme [U] [W], M. [K] [M], M. [O] [V], Mme [S] [I] et M. [R] [G] contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon - 4e chambre, en date du 14 janvier 2020, qui a relaxé les cinq premiers du chef de refus de se soumettre à un prélèvement biologique et, pour vol aggravé, les a condamnés chacun à 500 euros d'amende avec sursis.

## **1. RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE**

Le 4 mars 2019, [H] [J] , premier adjoint au maire de [Localité 1] (Ain), portait plainte auprès des services de gendarmerie à Trévoux pour le vol commis le samedi 2 mars 2019, vers 10h30, du portrait officiel du président de la République qui se trouvait dans la salle du conseil et des mariages de la mairie.

Un homme, qui sera ultérieurement reconnu par la secrétaire de mairie comme celui représenté sur une photo des faits litigieux et correspondant à [Y] [Q], s'était présenté à elle le 27 février 2019 sous la fausse identité de "[X]" dans le but de prendre rendez-vous pour visiter la salle des mariages avec sa future épouse, le samedi suivant.

En réalité, un faux couple, composé de [Y] [Q] et de [U] [W], s'était présenté dans ce but le samedi 2 mars 2019 auprès d'une autre secrétaire de mairie, [C] [Z] ; à cette occasion, l'homme avait demandé d'accéder aux toilettes ; pendant ce temps, l'autre membre du faux couple avait fait rentrer dans la mairie neuf personnes porteuses de gilets de couleur jaune avec l'inscription "action non violente COP21". Une banderole était déployée sur laquelle était inscrit : "climat justice sociale sortons Macron".

Le portrait officiel du président de la République apposé dans la salle du conseil et des mariages était dérobé et remplacé par un panneau en carton représentant en fond le portrait officiel du président de la République et sur lequel était inscrit à la place de la photo du président : "urgence sociale et climatique" "où est Macron? »

Les mis en cause étaient entendus le 11 mars 2019 par les enquêteurs sous le régime de la garde à vue, à savoir [Y] [Q], [U] [W], [K] [M], [O] [V], [S] [I] et [R] [G].

Tous exerçaient leur droit au silence.

Seul [R] [G] acceptait de se soumettre à un prélèvement biologique.

[Y] [Q], [U] [W], [K] [M], [O] [V], [S] [I] et [R] [G] ont été renvoyés pour avoir à [LOCALITÉ 1], le 02 mars 2019, en tout cas sur le territoire national et depuis temps non couvert par la prescription, frauduleusement soustrait le portrait du Président de la République présent dans la salle des mariages au préjudice de la Mairie de [LOCALITÉ 1], avec cette circonstance que les faits ont été commis en pénétrant par ruse et en réunion.

Les cinq premiers prévenus ont été également cités pour avoir à [LOCALITÉ 2] couvert par la prescription, refusé de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse et l'identification de l'empreinte génétique alors qu'il existait des indices graves et concordants rendant vraisemblable la commission d'une infraction pouvant entraîner l'inscription au fichier national automatisé des empreintes génétiques, en l'espèce un vol par ruse et en réunion.

Le 12 juin 2019, le tribunal correctionnel de Bourg-en-Bresse a relaxé les cinq prévenus poursuivis pour refus de se soumettre à un prélèvement biologique.

Cinq prévenus ont été condamnés pour vol, chacun, à 500 euros d'amende avec sursis.

[Y] [Q] a été quant à lui condamné de ce chef à 250 euros d'amende.

Le ministère public a formé appel de cette décision.

Par arrêt du 14 janvier 2020 la cour d'appel de LYON a confirmé le jugement en toutes ses dispositions à l'exception de la peine prononcée à l'encontre de [Y] [Q] qui a été modifiée en 500 euros d'amende avec sursis.

Le procureur général a formé un pourvoi en cassation le 15 janvier 2020.

Les six prévenus ont formé un pourvoi en cassation le 14 janvier 2020.

La SCP Seveaux et Mathonnet s'est constituée en demande le 21 janvier 2020.

Elle a déposé un mémoire ampliatif le 2 juin 2020.

Un mémoire a été enregistré pour le procureur général le 20 février 2020.

## 2. ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le **mémoire ampliatif** fait valoir un **moyen unique de cassation**.

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé la culpabilité des prévenus du chef de vol.

Dans une **première branche**, est invoqué le caractère nécessaire, pour la sauvegarde des personnes et des biens, d'un acte consistant à soustraire publiquement un portrait du président de la République accroché dans la salle des mariages d'une mairie afin d'interpeller les pouvoirs publics et l'opinion sur la nécessité, avérée au regard notamment des rapports du Haut conseil sur le climat, de rattraper le retard pris dans la mise en oeuvre des mesures permettant d'atteindre les objectifs fixés par les engagements internationaux de la France en matière de lutte contre le dérèglement climatique, ne peut s'apprécier sans tenir compte du caractère strictement proportionné des moyens mis en oeuvre et de leurs effets.

En exigeant que cet acte soit le dernier recours et la seule chose à entreprendre pour éviter la réalisation du péril que constitue l'effet du dérèglement climatique pour l'environnement et en refusant ainsi de tenir compte de ce que les moyens employés, exempts de toute violence, ainsi que leurs effets, demeureraient proportionnés et adaptés au regard de la nécessité précitée, la cour d'appel a violé l'article 122-7 du code pénal.

Selon la **deuxième branche**, en écartant le caractère nécessaire de cette action, sans rechercher ainsi qu'elle y était invitée, si le retard précité accumulé en dépit d'actions politiques et de recours juridictionnels déjà engagés ne traduisait pas l'insuffisance de ces derniers et leur incapacité à répondre à la situation d'urgence climatique, et par là-même la nécessité de les compléter par des actions symboliques telles que celle ayant donné lieu à l'infraction poursuivie, la cour d'appel a violé l'article 122-7 du code pénal.

La **troisième branche** reproche à l'arrêt d'avoir estimé que les arguments présentés constituaient en réalité un mobile, sans tirer d'elle-même les conséquences de ces constatations, à savoir que les comportements reprochés s'inscrivaient dans une démarche de protestation politique portant sur une question d'intérêt général et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte des comportements en cause, constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, la cour d'appel a violé l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans leur **mémoire complémentaire** les prévenus font valoir qu'il existe une dizaine de procédures en cours en ce moment, qu'ils énumèrent, portant sur le même type

d'actions non violentes, ce qui « *témoigne de l'intérêt général qui s'attache à la cause de cette mobilisation citoyenne, rend d'autant plus utile la décision que la Cour de cassation pourrait adopter sur le moyen pris d'une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et par laquelle il pourrait être d'ores et déjà indiqué aux juges du fond qu'ils doivent justifier la nécessité et la proportionnalité de la répression s'ils constatent que les faits se sont limités à la manifestation d'une expression sur un sujet d'intérêt général* ».

Le **parquet général** a formé un pourvoi relatif à la relaxe prononcée pour les cinq prévenus concernés par les faits de refus de se soumettre à un prélèvement biologique.

Il est pris de la violation des articles 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 591, 593, 706-54 à 706-56, R 53-14 du code de procédure pénale.

Dans un moyen unique, il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir relaxé les intéressés en retenant la disproportion entre, d'une part la faible gravité objective et relative du délit dont les intéressés étaient soupçonnés au moment de leur refus de se soumettre au prélèvement litigieux et, d'autre part, l'atteinte au respect de la vie privée consécutive à l'enregistrement au FNAEG, même sous les garanties relevées plus haut, des résultats des analyses des échantillons biologiques prélevés.

La cour ne pouvait pas, sans se contredire, juger par ailleurs à titre principal que « (...) *le grief invoqué [par les prévenus] d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH n'apparaît pas encourue (...)* » par la mise en oeuvre des dispositions des articles 706-54 à 706-56, R53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, en raison de leur conformité aux normes conventionnelles invoquées ».

### **3. DISCUSSION**

#### **Sur le pourvoi formé par les six prévenus.**

##### **Sur les deux premières branches : vol et état de nécessité**

La cour d'appel a ainsi motivé la déclaration de culpabilité

*Sur le délit de vol aggravé :*

*La matérialité des faits n'est contestée par aucun des prévenus et est même revendiquée. Tous reconnaissent en première instance et devant la cour avoir participé au vol du portrait du président de la République, commis en réunion au cours de la matinée du 2 mars 2019, à la mairie de [Localité 1].*

*Les témoignages des membres du personnel de mairie présents à ce moment-là, ainsi que le résultat des investigations mises en oeuvre par les enquêteurs, rappelées plus haut, en particulier l'exploitation des enregistrements de vidéo-surveillance mais également des photos publiées dans les médias ainsi que sur certains réseaux sociaux, d'ailleurs à l'initiative d'une partie des prévenus, avaient confirmé les circonstances de réunion et d'emploi de la ruse pour accéder à la salle du conseil dans laquelle était suspendu le portrait litigieux.*

*Deux des prévenus, en accord avec les autres puisqu'il résulte clairement des débats et des explications de l'ensemble des prévenus qu'il s'agissait d'une action préparée*

et concertée, avaient trompé la vigilance des secrétaires de mairie en leur faisant croire qu'ils formaient un couple et qu'ils avaient le projet de visiter la salle commune en vue d'y célébrer leur mariage.

Les éléments matériels et intentionnels du délit sont incontestablement établis. Seul reste en débats l'excuse tirée de l'état de nécessité invoquée par les prévenus et écartée par les premiers juges.

Les intimés font valoir, au visa de l'article 122-7 du code pénal, qu'autrui et eux-mêmes étaient et sont confrontés à un danger actuel ou imminent, à savoir l'urgence climatique mondiale, qu'ils qualifient d' "urgence absolue et non contestée", reconnue selon eux dans de nombreux travaux scientifiques, dont les rapports du Groupe d'expert intergouvernementaux sur l'évolution du climat (GIEC), par des institutions internationales telles que le Programme des Nations-Unies pour l'environnement, dans de multiples articles consacrés à cette question par les médias et dont ils fournissent des exemples dans un dossier de presse.

Ils estiment, d'une part, au visa notamment du rapport du Haut Conseil pour le climat, que l'Etat ne prend pas les mesures nécessaires pour mettre en place des mesures "visant à réduire drastiquement l'impact environnemental des activités humaines", d'une part en infraction avec la Charte de l'Environnement, la Convention européenne des droits de l'Homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, d'autre part en contradiction avec les engagements généraux contractés par la France, dont certains à échéance en 2020, tels que la convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques de 1992 ratifiée en 1994, l'Accord de Paris de 2015 ratifié en 2016, le Paquet énergie-climat 2020, la décision n°406/009/CE, la directive 2009/28/CE, la directive sur la performance énergétique 2012/27/UE, la loi Grenelle 1, l'article L. 100-4 du code de l'énergie, la loi de transition énergétique pour la croissance verte du 18 août 2015. Ils estiment, d'autre part, que ce vol était strictement nécessaire car ils n'avaient "pas eu d'autre choix" que d'interpeller ainsi le chef de l'Etat, en raison de l'absence de volonté politique pour respecter ses engagements, en raison de la multiplication des actions judiciaires engagées contre l'Etat (dont celle engagée par l'association "les amis de la terre" devant le Conseil d'Etat, celle engagée contre la France en mai 2018 par la Commission européenne devant la CJCE), et en raison de l'inefficacité des démarches et plaidoyer entrepris au niveau local.

Ils estiment, enfin, que ces faits commis sans violence et n'ayant sacrifié aucun intérêt ni causé aucun préjudice, étaient proportionnés à l'intérêt sauvegardé, à l'urgence et la gravité extrême du danger.

L'article 122-7 du code pénal prévoit que n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.

Certes, l'impact négatif sur l'environnement mondial du réchauffement climatique planétaire, dont la communauté scientifique s'accorde à reconnaître l'origine anthropique, peut être considéré comme un danger actuel ou en tout cas un péril imminent pour la communauté humaine et pour les biens de cette dernière, au sens de la disposition invoquée. Les communiqués et articles de presse, les rapports scientifiques produits par les prévenus, et les témoignages entendus le confirment.

Toutefois, les prévenus ne parviennent aucunement à démontrer en quoi le vol du portrait du président de la République commis par eux le 2 mars 2019 au préjudice de la commune de [Localité 1], constituerait un acte nécessaire à la sauvegarde des personnes et des biens au sens de ce même article 122-7.

Le rapport de nécessité entre la prévention du péril invoqué (protéger la planète du réchauffement climatique) et l'intérêt sacrifié (voler un tableau représentant le chef de l'Etat) est uniquement postulé par les prévenus. Ils reconnaissaient d'ailleurs au moins implicitement cette absence de rapport de causalité directe puisqu'ils proclament qu'il s'agissait d'une action symbolique.

A la lecture de la lettre ouverte adressée le 4 mars 2019 au maire au nom de "ANV COP21 ...", il apparaît que les prévenus et le collectif dont ils sont membres considéraient d'ailleurs être les seuls à pouvoir apprécier cette adéquation puisqu'ils déclaraient que le portrait ne serait restitué que s'ils estimaient qu'étaient remplies des conditions, d'ailleurs assez vagues ("amorce une politique ambitieuse à la hauteur de l'urgence climatique en accord avec les engagements de la COP21") et qu'eux seuls avaient fixées.

Ils ne démontrent pas, non seulement que ce vol constituerait un moyen adéquat, mais encore que ce vol constituerait le dernier recours, serait strictement la seule chose à entreprendre pour éviter la réalisation du péril invoqué et se bornent à alléguer qu'ils n'avaient pas eu "d'autre choix".

De manière, en réalité purement subjective, ils invoquent une absence ou une insuffisance de volonté politique, ils sous-entendent l'inefficacité des procédures judiciaires engagées contre l'Etat français et des démarches entreprises auprès des pouvoirs publics locaux et nationaux.

Comme les prévenus le laissent entendre eux-mêmes dans leurs écritures, leur action s'inscrivait en réalité dans un mouvement politique et militant ayant pour objet de contester la politique du chef de l'Etat, d'informer et de sensibiliser le public et le gouvernement sur l'urgence à agir en matière de changement climatique et de dénoncer ce qu'ils qualifiaient d'inaction. L'usage par eux des slogans "sortons Macron !" "où est Macron ?" lors de la commission du délit constitue, si besoin était, une preuve du caractère politique de leur acte.

Ils avaient pourtant accès, comme l'ensemble de leurs concitoyens, à tout l'arsenal légal de l'action politique et militante, à toutes les procédures juridictionnelles et contradictoires en carence qui existent dans tout Etat démocratique notamment pour interpeler ou contester la politique du chef de l'Etat et rien ne les contraignait à commettre cette voie de fait, constitutive du délit litigieux, pour parvenir au but affiché. Les prévenus érigent, en réalité artificiellement, en état de nécessité ce qui ne constitue qu'un mobile.

C'est donc à bon droit que les premiers juges ont déclaré les prévenus coupables du délit poursuivi et ont écarté la cause d'irresponsabilité tirée de l'état de nécessité ».

\*\*\*\*\*

Les développements qui suivent sont en partie repris de notre ouvrage *Le meurtre*, Dalloz, 2019.

L'état de nécessité est la situation d'une personne tenue, pour éviter la réalisation d'un danger, de commettre une infraction.<sup>1</sup> Il s'agit de sauvegarder un intérêt supérieur pour la conservation duquel la personne ne dispose pas d'autres ressources que d'accomplir un acte défendu par la loi pénale<sup>2</sup>.

La notion semble avoir des origines anciennes même si elle a longtemps été confondue avec la contrainte. Elle s'en différencie pourtant essentiellement puisque que la contrainte annihile la volonté, tandis que l'état de nécessité oblige à faire un choix. Selon Plaute : *Quidvis egestas imperat*, ce qui signifie : *Le besoin provoque tout crime*, et les Anciens connaissaient ce proverbe : *Viro esurienti necesse est furari*, ce qui veut dire : *L'homme affamé est bien forcé de voler*. C'est en effet en matière de vol, et plus particulièrement d'alimentation indispensable pour ne pas mourir de faim, qu'on vit le développement de cette notion. On parle aussi de vol de bois pendant les hivers rigoureux<sup>3</sup>. La notion n'est pas toujours exonératoire, mais tempère seulement la dureté des peines applicables.

**Le code de 1810 ne prévoyait pas l'état de nécessité comme cause d'exonération et la jurisprudence a eu parfois l'occasion de se servir de la notion voisine de l'état de contrainte : le célèbre " bon juge " ne fit pas autrement lorsqu'il relaxa la femme Ménard<sup>4</sup>.** La cour d'appel utilisa quant à elle un autre concept, celui d'absence d'intention<sup>5</sup>, motivation critiquable en ce qu'elle semble confondre intention et mobile. Après quelques décisions de juridictions du fond qui semblaient accueillir ce nouveau fait justificatif<sup>6</sup>, la chambre criminelle rendit le 28 juin 1958 une décision, dite *Lesage*, où elle admit clairement la notion<sup>7</sup> : à la suite de l'ouverture de la portière d'un véhicule, un automobiliste avait effectué une manœuvre dangereuse pour éviter de percuter ses passagers qui avaient été éjectés. Ce faisant, il était entré en collision avec un autre véhicule dont les passagers avaient été blessés. Si l'arrêt fut cassé, ce fut pour des raisons tenant à l'existence d'une faute antérieure de l'automobiliste, mais la notion d'état de nécessité était consacrée comme fait justificatif indépendant, de telle sorte que la notion fut reprise par le législateur lors de la rédaction du nouveau code pénal.

---

<sup>1</sup> G. Vermelle, *Le nouveau droit pénal*, " Connaissance du droit ", Dalloz, 1994, p. 70.

<sup>2</sup> Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 5e éd., " Droit fondamental ", PUF, 2015, no 428.

<sup>3</sup> J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2e éd., " Droit fondamental ", PUF, 2006, no 133.

<sup>4</sup> T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898 ; - SOUS : Amiens, 22 avr. 1898, S. 1899. 2. 1, note J. Roux.

<sup>5</sup> Amiens, 22 avr. 1898, DP 1899. 2. 329, note L. Josserand.

<sup>6</sup> Rép. pén., V. État de nécessité, par M. Danti Juan, juill. 2015, no 15.

<sup>7</sup> Crim. 28 juin 1958, GADPG, 9e éd., Dalloz, 2014, no 24 ; D. 1958. 693, note M.R.M.P. ; JCP 1959. II. 10941, note J. Larguier ; RSC 1959. 111, obs. A. Légal.

L'article 122-7 du code pénal dispose que : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.* » À la différence de la légitime défense, il n'existe pas ici d'agression provenant d'un individu mais de circonstances particulières rendant nécessaire la commission d'une infraction. Là encore l'exigence de proportionnalité est capitale, même si le terme n'est pas prononcé : « Le risque qu'a pris Z..., en tirant un coup de feu au sol pour intimider A., apparaît en rapport avec le danger créé par ce dernier. »<sup>8</sup>

Tout comme en matière de légitime défense, le danger peut porter sur celui qui va agir ou sur un tiers. Il doit être actuel ou imminent. Ceci exclut le péril simplement futur et hypothétique. Il doit s'agir par ailleurs d'un péril objectif et non de l'état interne de la personne. La faute préalable de l'agent risque de faire obstacle à ce que l'état de nécessité soit retenu<sup>9</sup>, solution critiquée parfois par la doctrine<sup>10</sup>, qui estime souvent que le législateur qui a institué le code pénal entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994, en n'en parlant pas expressément, a entendu infirmer cette jurisprudence. Mais la solution de principe a été reprise par la Cour de cassation après l'entrée en vigueur de ce code<sup>11</sup>. Quant à la réaction, elle doit être nécessaire, ce qui semble exclu dès lors qu'une autre solution, moins préjudiciable, est possible<sup>12</sup>.

La notion d'état de nécessité a parfois permis de pallier les difficultés en lien avec la jurisprudence qui exclut la légitime défense en cas d'acte involontaire. Ainsi, dans un cas d'espèce où un policier était intervenu en tirant une fois en l'air, puis sur le sol, la balle ayant ricoché et touché la victime, la Cour de cassation confirme un arrêt de relaxe, motivé par le fait que l'action de Z..., « *avait été commandée par la nécessité réelle et urgente d'appréhender un individu armé, ayant précédemment fait usage de son arme et se trouvant dans un état d'excitation violente* ». Alain Dekeuwer, dans son commentaire sous cet arrêt, souligne que : « *Ces contorsions juridiques sont le résultat [...] de l'inadaptation en ce domaine de la jurisprudence sur la légitime défense [...]. La conclusion à laquelle on parvient alors est qu'il vaut mieux carrément viser les malfaiteurs que de tenter de les intimider sans leur faire mal !* »<sup>13</sup>

Comme pour les autres faits justificatifs, l'état de nécessité s'étend *erga omnes* et fait disparaître la responsabilité pénale des coauteurs ou complices du fait commis, qui ne

---

<sup>8</sup> Crim. 16 juill. 1986, *D.* 1988. 390, 2<sup>e</sup> esp., note A. Dekeuwer ; *Gaz. Pal.* 1987. 1. Somm. 10.

<sup>9</sup> PAR EX. : Crim. 28 juin 1958, *GADPG*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 24 ; *D.* 1958. 693, note M.R.M.P. ; *JCP* 1959. II. 10941, note J. Larguier ; *RSC* 1959. 111, obs. A. Légal

<sup>10</sup> A. Légal, « L'état de nécessité », *RSC* 1959. 111.

<sup>11</sup> Crim. 22 sept. 1999, n° 98-84.520, *Bull. crim.* n° 193 ; *D.* 2000. Somm. 114, obs. G. Roujou de Boubée ; *Dr. pénal* 2000, n° 7, obs. J.-H. Robert ; *RSC* 2000. 385, obs. B. Bouloc.

<sup>12</sup> PAR EX. : Crim. 4 mars 1998, n° 96-85.690, NP, *Gaz. Pal.* 1998. 2. 125 – Crim. 26 juin 2012, n° 11-85.919, NP, *Gaz. Pal.* 2012. 300, note E. Dreyer.

<sup>13</sup> Crim. 16 juill. 1986, *D.* 1988. 390, 2<sup>e</sup> esp., note A. Dekeuwer ; *Gaz. Pal.* 1987. 1. Somm. 10.

saurait porter la dénomination d' « infraction ». D'où l'intérêt de distinguer cette notion de la contrainte qui n'agit que pour celui qui la subit.

Les décisions évoquent parfois les squatters, certaines infractions commises dans le cadre d'un contrat de travail ou des faucheurs de cultures génétiquement modifiées.

Dans une décision récente<sup>1</sup>, la chambre criminelle a refusé d'accorder à un individu qu'il se trouvait dans l'état de nécessité de s'évader après qu'un convoi composé de son frère et d'autres individus ait attaqué le fourgon de police qui le conduisait à l'hôpital : « *Attendu que, pour écarter l'état de nécessité invoqué par le prévenu et le déclarer coupable de l'infraction poursuivie, la cour d'appel retient que M. H. a refusé de se soumettre à l'injonction d'un des policiers de se coucher au sol dans le fourgon, moyen de protection le plus approprié en l'espèce, qu'il s'est volontairement exposé au tir de l'agresseur en échappant au policier qui tentait de le protéger, qu'il a sauté du véhicule à seule fin de s'évader, qu'au surplus les policiers situés à l'arrière du fourgon n'ont pas fait usage de leurs armes pour ne pas risquer de blesser les passagers.* »

Enfin, il arrive que la doctrine critique la chambre criminelle qui aurait fait entrer le mobile dans une définition de la nécessité : le vol de documents par un salarié, nécessité par les besoins de sa défense, n'est pas punissable<sup>2</sup>, ce qui semble permettre de prendre les mobiles en considération sous couvert d'un état de nécessité dont les conditions ne sont pas réunies<sup>3</sup>.

Pour un exemple récent d'arrêt de rejet en réponse à des moyens tirés de l'état de nécessité :

**Crim., 10 avril 2019**, pourvoi n° 17-86.631, enlèvement d'enfant.

## **Sur la troisième branche du moyen et l'applicabilité de l'article 10 de la Convention.**

### **I) Nouveauté du grief.**

Le pourvoi fait valoir qu'une infraction, quand bien même ne relèverait-elle pas du droit de la presse, peut être justifiée par l'exercice de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que le comportement litigieux s'inscrit dans l'exercice de cette liberté et qu'il n'en excède pas les limites par la gravité de ses effets.

---

<sup>1</sup> Crim. 11 janv. 2017, n° 16-80.610, Bull crim n°19 ; *Dr. pénal* 2017, Comm. 39, obs. Ph. Conte.

<sup>2</sup> Crim. 11 mai 2004, n° 03-80.254, n° **03-80.254** – Crim. 11 mai 2004, n° 03-85.521, *Bull. crim.* 2004, nos 113 et 117; *JCP G* 2004. II. 10124, note C. Girault; *D.* 2004. 2327, note H. K. Gaba; *RSC* 2004. 866, obs. G. Vermelle; *Rev. pénit.* 2004, p. 875, obs. J.-C. Saint-Pau.

<sup>3</sup> J. Lasserre Capdeville, « Les droits de la défense, nouvelle cause prétorienne d'irresponsabilité pénale » : *Rev. pénit.* 2006, p. 537.

Il rappelle que la solution a été récemment reprise pour une infraction d'exhibition sexuelle pour laquelle avait été relaxée une militante du mouvement « Femen » par la considération que l'élément intentionnel faisait défaut, le pourvoi étant rejeté à la faveur d'une substitution des motifs pris de ce que « *ce comportement s'inscrit dans une démarche de protestation politique et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* » (Crim., 26 février 2020, pourvoi n° 19-81827, à paraître au bulletin).

Dans la présente affaire, il est expliqué que le comportement relevait assurément de la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention européenne de droits de l'homme et ne pouvait, au regard de nature de l'infraction être regardé comme excédant les limites de cette liberté.

Il est enfin soutenu que, dans la mesure où ceci résulte des motifs même de l'arrêt, il importe peu que les prévenus n'aient pas explicitement soulevé une telle argumentation - qui pourrait au demeurant être regardée comme contenue dans celle par laquelle ils se prévalaient d'un état de nécessité – et qu'ils n'aient pas visé dans leurs écritures l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

*Ainsi, « le moyen résulte de l'arrêt lui-même et son examen n'appelle de la part de la Cour de cassation aucune appréciation qui reposerait sur des éléments factuels qui ne seraient pas présents au sein des constatations des juges du fond. Il ne peut donc être regardé comme nouveau ».*

Pour estimer qu'il résultait de l'arrêt que le comportement des prévenus relevait de la liberté d'expression, le mémoire relève que la cour d'appel a constaté que « *leur action s'inscrivait en réalité dans un mouvement politique et militant ayant pour objet de contester la politique du chef de l'Etat, d'informer et de sensibiliser le public et le gouvernement sur l'urgence à agir en matière de changement climatique et de dénoncer ce qu'ils qualifiaient d'inaction. L'usage par eux des slogans "sortons Macron !" "où est Macron" lors de la commission du délit constitue, si besoin était, une preuve du caractère politique de leur acte* » (arrêt, p. 14).

Pour retenir que l'infraction n'était pas nécessaire pour sauvegarder les personnes et les biens de la menace que constitue le dérèglement climatique, la cour d'appel a estimé que les intéressés avaient d'autres moyens d'agir, et précisément qu'ils « *avaient accès, comme l'ensemble de leurs concitoyens, à l'arsenal légal de l'action publique et militante [...] pour interpeller la politique du chef de l'Etat [...]* » (arrêt, p. 14).

En outre, dès lors qu'elle admettait que les agissements avaient été commis en lien avec la lutte contre le dérèglement climatique – même s'ils n'étaient pas nécessaires, selon elle, pour en éviter les conséquences– la cour d'appel admettait que le sujet que les prévenus souhaitaient traiter et la question à laquelle ils souhaitaient sensibiliser les pouvoirs publics et l'opinion était un sujet d'intérêt général.

\*\*\*\*\*

La chambre criminelle exige que le moyen pris d'une violation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme ait été présenté devant la cour d'appel.

Par exemple :

**Crim., 20 juin 2017, pourvoi n° 16-80.982, Bull. crim. 2017, n° 169**

*Est irrecevable, comme nouveau et mélangé de fait, le moyen pris de ce qu'une telle peine, ordonnée par le tribunal correctionnel et confirmée en appel, porterait une atteinte spécifique et disproportionnée au droit de la personne condamnée au respect de sa vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que l'intéressée ne l'a pas soutenu devant la cour d'appel et que son examen par la Cour de cassation nécessiterait la prise en considération d'éléments de fait qui ne résultent pas des constatations de l'arrêt attaqué.*

**Crim., 13 juin 2017, pourvoi n° 16-83.201, Bull. crim. 2017, n°164**

*Le moyen qui invoque pour la première fois devant la Cour de cassation le caractère disproportionné de l'atteinte spécifique portée au droit de propriété de l'intéressé, en violation de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, par la mesure de confiscation de son véhicule prononcée par le tribunal de police pour la contravention d'excès de vitesse d'au moins 50 km/h, et confirmée par la cour d'appel, est nouveau, mélangé de fait et, comme tel, irrecevable.*

Notre chambre impose certes aux juges du fond d'examiner l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée et familiale de la personne qui, faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen ou d'une demande d'extradition, invoque devant eux ses attaches personnelles en France, alors même qu'elle ne se prévaut pas expressément d'une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Crim., 12 avril 2016, pourvoi no 16-82.175 ; Crim., 15 novembre 2016, pourvoi no 16-85.335, les deux arrêts étant en cours de publication).

Mais c'est parce que nous considérons que le moyen pris d'une telle violation est, implicitement mais nécessairement, contenu dans l'invocation, par l'intéressé, de ses attaches personnelles sur le territoire national.

La liberté d'expression a été admise, par la Cour de cassation, comme fait justificatif du délit d'escroquerie, dans l'affaire dite de l'infiltration du Front National, où une journaliste avait utilisé une identité d'emprunt pour recueillir des informations dont elle avait tiré un livre (Crim. 26 octobre 2016, no15-83.774, Bul. n°278), ce qui avait conduit à approuver les motifs du non-lieu prononcé par la chambre de l'instruction. La rédaction de l'arrêt de la Chambre criminelle peut être rappelée : « *si c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, l'arrêt n'encourt pas la*

censure dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ».

Il convient de reprendre en détail cette décision, d'une part, parce qu'elle s'impose dans un domaine d'infraction aux biens, d'autre part, parce qu'il n'apparaît pas que l'article 10 ait été invoqué à un quelconque moment : ni en cause d'appel, ni même, ce qui est plus remarquable, devant la Cour de cassation.

Le moyen était en effet ainsi rédigé :

"1°) alors que l'escroquerie est une infraction instantanée qui se réalise au moment de la remise de la chose convoitée, peu important l'usage qui en est fait et les circonstances postérieures à cette remise ; qu'en l'espèce, pour estimer que le résultat de la tromperie imputée à Mme X... n'a pas consisté en la remise de fichiers ou de documents, la chambre de l'instruction a relevé que, dans le livre publié à l'issue de l'enquête effectuée par l'intéressée, certains documents internes n'avaient pas été utilisés, tels les fichiers des adhérents et un guide de démarches pour recueillir les cinq cents signatures ; qu'en statuant ainsi, quand il résulte de ces énonciations que les fichiers litigieux avaient effectivement été remis à Mme X... à la faveur de la tromperie qu'elle avait commise, peu important que ces documents n'aient pas été ensuite mentionnés dans son livre, la chambre de l'instruction a omis de tirer les conséquences légales de ses propres constatations et violé l'article 313-1 du code pénal ;

"2°) alors que l'intention frauduleuse en matière d'escroquerie s'apprécie indépendamment des mobiles de l'auteur et résulte suffisamment de la volonté de l'intéressé, grâce à une tromperie, d'obtenir la chose convoitée ; qu'en l'espèce, après avoir énoncé que Mme X..., grâce à sa tromperie, s'était fait remettre des fichiers d'adhérents mais aussi des propos et confidences qui étaient exploitables commercialement, la chambre de l'instruction a relevé que l'élément intentionnel de l'infraction faisait cependant défaut, dès lors que la journaliste n'avait pas poursuivi un objectif financier mais était animé du souci d'informer ; qu'en statuant ainsi, la chambre de l'instruction qui déduit l'absence d'intention frauduleuse du caractère louable du mobile poursuivi par l'intéressée, a violé l'article 313-1 du code pénal" ;

Or, la réponse de la Cour est la suivante :

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que Mme X..., journaliste indépendante, a fait usage d'un faux nom et d'une fausse qualité confortés par la création de faux profils sur Facebook et sur le site "Copains d'avant" avant d'adhérer à la fédération des Hauts-de-Seine du mouvement politique "Front national", ce qui lui a permis d'obtenir des documents internes et des informations qu'elle a

*utilisés pour écrire un ouvrage intitulé "Bienvenue au Front, journal d'une infiltrée" ; que l'association Front national a porté plainte avec constitution de partie civile à son encontre pour escroquerie ; que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu dont ladite association a interjeté appel ;*

*Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que Mme X..., dont il n'apparaît pas qu'elle ait cherché à nuire au Front national, a eu pour seul objectif d'informer et avertir ses futurs lecteurs en rapportant des propos tenus au cours de débats ou d'échanges informels, dans le but de mieux faire connaître l'idéologie de ce parti ;*

*Attendu que si c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ;*

*D'où il suit que le moyen doit être écarté ».*

Toutefois, la situation procédurale était différente puisque le demandeur au pourvoi, l'association du Front national, était la victime supposée et n'avait évidemment pas intérêt à soulever l'exercice de la liberté d'expression pour justifier l'escroquerie dont elle aurait été victime. Or, la mise en cause avait manifestement développé cette idée puisqu'on trouve dans les motifs de l'arrêt :

*« que dans le cas présent, il n'est pas sérieusement contestable ni même contesté que Mme X... a écrit un "livre de conviction" en allant pour ce faire "au coeur du parti" ; que le fait qu'elle ait poursuivi un objectif financier n'est pas davantage prouvé, ni même qu'elle ait cherché à nuire au Front national ; qu'elle invoque notamment la charte de déontologie du syndicat national des journalistes (SNJ) pour rappeler que le journaliste ne doit pas de façon générale obtenir une information de façon déloyale, sauf si sa hiérarchie est au courant et que la gravité des faits l'impose ; qu'ainsi, il apparaît que la journaliste par sa liberté d'opinion et d'expression a agi avec son appréciation personnelle de la gravité de ces faits, et du devoir d'informer en découlant ; que ces circonstances de l'espèce sont révélatrices de sa bonne foi et conduisent à dire non suffisantes les charges concernant l'élément moral de l'escroquerie ; qu'il convient au regard de ces éléments complétant ceux énoncés par le juge d'instruction de confirmer l'ordonnance ayant dit n'y avoir lieu contre Mme X... du chef d'escroquerie contre le Front national ».*

Il apparaît donc, dans cette affaire, que la chambre de l'instruction avait maladroitement envisagé la situation sous l'angle de l'élément moral et que la

chambre criminelle a, tout en affirmant son erreur de l'avoir ainsi envisagé, indiqué que le débat devait être placé sous celui de la liberté d'expression, analyse évoquée par la mise en cause.

En l'espèce, la chambre criminelle devra dire si l'on peut considérer de la même manière que l'argumentation développée par les prévenus devant la cour d'appel, pour affirmer la nécessité de commettre un vol pour les motifs qu'ils invoquaient, comportait un grief pris du caractère disproportionné d'une répression constituant une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ?

Il peut être ajouté que la cour d'appel a fait application de la notion de proportionnalité au regard des exigences de la Convention européenne dans son analyse de l'infraction de refus de se soumettre à un prélèvement biologique.

Dans ce cadre, les juges ont énoncé que *« Les prévenus avaient manifestement commis l'infraction dans un contexte non crapuleux mais dans celui d'une action politique et militante, entreprise dans un but d'un intérêt général ; ils avaient effectivement agi à visage découvert et avaient même donné une publicité à leur acte dans les médias et sur les réseaux sociaux, s'exposant sciemment à un risque de poursuites. Les premiers juges avaient relevé, avec pertinence, le caractère purement symbolique des faits. Certes, il s'agit d'un vol aggravé par deux circonstances mais pas celle de violence et il avait porté sur un bien de très faible valeur matérielle »*.

La première étape est donc de savoir si ce moyen peut être évoqué devant la Cour de cassation.

## **II) Au fond**

En dehors des décisions ci-dessus citées dans le cadre de l'étude de la recevabilité, nous reprenons ici certains éléments du rapport de M. Jacques dans la préparation de la décision rendue par l'Assemblée plénière le 25 octobre 2019, (pourvoi n° 17-86.605)

*« La jurisprudence s'est référée au principe du respect de la dignité humaine pour arbitrer la confrontation entre le droit à la liberté d'expression et le droit à l'image, tous deux garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (article 8 et 10).*

*Dans l'exercice de conciliation de ces droits, s'il est jugé que la nécessité d'informer le public sur un événement d'actualité ou la contribution à un débat d'intérêt général peuvent justifier l'atteinte portée à l'image de la personne représentée, il est également posé en règle que la liberté de communication des informations s'exerce sous la réserve du respect de la dignité de la personne humaine.*

*Dans un arrêt du 20 décembre 2000 (1ère Civ., 20 décembre 2000, pourvoi n° 98-13.875, Bulletin civil 2000, I, n° 341), la première chambre civile a jugé que la décision d'une cour d'appel, qui avait jugé illicite la publication de la photographie de la*

dépouille mortelle d'un préfet de la République, assassiné sur la voie publique, était légalement justifiée au regard des exigences tant de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que de l'article 16 du Code civil dès lors que la cour d'appel avait retenu que cette image « était attentatoire à la dignité de la personne humaine ».

Dans un arrêt du 20 février 2001 (1<sup>ère</sup> Civ., 20 février 2001, pourvoi n° 98-23.471, Bull. 2001, I, n° 42), relatif à la publication de l'image d'une victime de l'attentat survenu à Paris à la station Saint-Michel du RER, le 25 juillet 1995, la première chambre civile a énoncé que la « liberté de communication des informations autorise la publication d'images de personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ».

Ce principe a été repris depuis par plusieurs arrêts (voir 1<sup>ère</sup> Civ., 13 novembre 2003, pourvoi n° 00-19.403, Bull. 2003, I, n° 231 et 2<sup>ème</sup> Civ., 4 novembre 2004, pourvoi n° 03-15.397, Bull., 2004, II, n° 486 et 38). Selon les termes d'un arrêt récent, « la liberté de la presse et le droit à l'information du public autorisent la diffusion de l'image de personnes impliquées dans un événement d'actualité ou illustrant avec pertinence un débat d'intérêt général, dans une forme librement choisie, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine » ( 1<sup>ère</sup> Civ., 29 mars 2017, pourvoi n° 15-28.813, Bull. 2017, I, n° 76.39).

Le respect de la dignité de la personne humaine a donc été érigé en rempart limitant la possibilité d'invoquer les faits justificatifs tirés de l'information du public sur l'actualité et de l'illustration d'un débat d'intérêt général. Il agit donc comme une limite opposée à la liberté d'expression ».

...

L'importance de la liberté d'expression est reconnue dans plusieurs instruments juridiques dont, notamment, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>75</sup>, l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>76</sup> et l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Ce dernier article la consacre en ces termes :

« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière.

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation

d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

La jurisprudence, particulièrement fournie en la matière, témoigne de ce que la Cour européenne des droits de l'homme exerce un contrôle étroit sur les restrictions qui peuvent y être apportées et se livre, en général, à un examen minutieux de proportionnalité.

Qualifiant la liberté d'expression de « l'un des fondements essentiels » d'une société démocratique ainsi que « l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun », elle a précisé qu'elle « vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' » (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 49.) La liberté d'expression se présente donc sous le double aspect d'un droit subjectif individuel reconnu à « toute personne » et d'une condition nécessaire à l'existence et au fonctionnement pluraliste de toute société démocratique.

L'article 10, alinéa 2, de la Convention réserve toutefois la possibilité de soumettre l'exercice de ce droit fondamental à certaines restrictions, afin de le concilier avec d'autres impératifs. L'ingérence de la part de l'autorité publique n'est toutefois admise qu'à une triple condition : elle doit d'abord être « prévue par la loi », elle doit ensuite poursuivre un « but légitime », elle doit enfin être « nécessaire dans une société démocratique ».

La Cour a précisé que les exceptions dont la liberté d'expression peut être assortie « appellent toutefois une interprétation étroite » et que « le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante ». Elle a jugé en outre que l'adjectif « nécessaire » au sens de l'article 10, § 2, implique que l'ingérence réponde en son principe à un « besoin social impérieux » et soit, dans son ampleur, proportionnée au but légitime poursuivi. Selon elle, « les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante » (Voir, parmi les précédents récents, CEDH, arrêt du 17 avril 2018, *Ergüdođan c. Turquie*, n°48979/10, § 23 et CEDH, arrêt du 29 mars 2016, *Bédat c. Suisse*, n° 56925/08, § 48.78).

Lorsqu'elle est confrontée à une situation de conflit entre la liberté d'expression et le droit à la protection de la réputation, qu'elle a érigé en élément de la vie privée relevant de l'article 8 de la Convention (Voir, notamment, CEDH, arrêt du 15 novembre 2007, *Pfeifer c. Autriche*, n° 12556/03, § 35 :« La cour considère que la réputation d'une personne, même si cette personne est critiquée dans le cadre d'un débat public, fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale et dès

lors relève aussi de sa 'vie privée' », la démarche qui est la sienne est celle de la pondération des intérêts afin de vérifier si un juste point d'équilibre a été atteint. Elle réfute toute hiérarchie de principe entre ces deux droits en affirmant qu'ils méritent un égal respect, ce dont elle déduit que l'issue d'une requête ne saurait normalement varier selon qu'elle a été portée devant elle sous l'angle de l'article 10 de la Convention, par l'éditeur d'un article injurieux, ou sous l'angle de l'article 8, par la personne faisant l'objet de cet article (CEDH, arrêt du 16 juin 2015, Delfi AS c/Estonie, n° 64569/09, § 139.80).

#### IV - 1 - 2 Les critères d'appréciation de la proportionnalité :

Dans un « louable effort de rationalisation du principe de proportionnalité destiné à le purger du vice d'arbitraire qui lui est généreusement imputé » (J. P. Marguénaud, *Le particularisme de la mise en balance du droit à la liberté d'expression et du droit à l'image*, RTDC 2016, p. 297), la Cour a défini plusieurs critères généraux d'appréciation de la proportionnalité d'une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression. Ces critères sont la contribution à un débat d'intérêt général (Voir, notamment, CEDH, arrêt du 17 mai 2016, Karácsony c.Hongrie, n°s 42461/13 et 44357/13, § 144.82), la notoriété de la personne visée, l'objet du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le mode d'obtention des informations et leur véracité, le contenu, la forme et les répercussions de la publication ainsi que la nature et la gravité de la sanction imposée.

Sans prétendre à l'exhaustivité quant à la présentation de ce chapelet de critères que la Cour égrène régulièrement dans ses arrêts, il y a lieu d'insister sur ceux qui, le cas échéant, pourraient avoir une utilité dans le présent litige au regard des circonstances factuelles de l'espèce, telles que relevées par la cour d'appel.

- La contribution à un débat d'intérêt général :

La cour a jugé à maintes reprises que l'article 10, § 2, de la Convention « ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans les domaines du discours politique et celui des questions d'intérêt général ».

Partant, « un niveau élevé de protection de la liberté d'expression, qui va de pair avec une marge d'appréciation des autorités particulièrement restreinte, sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général » (Voir, entre autres, CEDH, arrêt du 17 mai 2016, Karácsony c.Hongrie, n°s 42461/13 et 44357/13, § 144 (à propos de la liberté de débat au sein du Parlement), Sürek c.Turquie, n° 26682/95, § 61 et Doll c. Suisse, n° 69698/01, § 106...).

La Cour ne donne pas de définition à la notion d'intérêt général. Elle procède par énumération de domaines qui en relèvent, tels que les questions politiques, le fonctionnement du pouvoir judiciaire, mais aussi la révélation de la paternité d'un prince dans une monarchie héréditaire (CEDH, arrêt du 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France, n° 40454/07, § 97 à 116).

À titre d'illustration, la Cour a retenu qu'une condamnation à dommages-intérêts pour diffamation prononcée à l'encontre d'un candidat aux élections législatives qui avait diffusé un tract et exhibé des banderoles dénonçant des irrégularités dans le

déroulement des élections s'analysait comme une ingérence disproportionnée dans le droit à la liberté d'expression. Elle a rappelé, à l'appui de cette décision, qu' « il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique », qu'elle « accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses » (CEDH, arrêt du 11 juillet 2006, *Brasilier c. France*, n° 71343/01, § 41 ) et que « dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances » (*Ibidem*, § 42).

Dans le même ordre d'idées, la Cour estime que « si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général [...] est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant -notamment- au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos » (CEDH, arrêt du 22 octobre 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, n° 12279/02 et 36448/02, § 56.)

Reconnu à « tout individu », ce droit à une certaine dose d'exagération est également entendu comme une composante de la liberté journalistique (CEDH, arrêt du 26 avril 1995, *Prager et Oberschlick c. Autriche*, n° 38), la Cour attribuant à la presse un rôle fondamental dans la diffusion des informations et des idées sur les questions d'intérêt général.

Qualifiant la presse de « chien de garde de la démocratie », elle rappelle avec constance que si celle-ci ne doit pas franchir certaines limites, notamment quant à la réputation et aux droits d'autrui, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général. Elle estime donc devoir « faire preuve de la plus grande prudence lorsque [...] les mesures prises ou les sanctions infligées par l'autorité nationale sont de nature à dissuader la presse de participer à la discussion de problèmes d'un intérêt général légitime ».

## **Sur le pourvoi formé par le parquet général**

### **I) Textes applicables.**

Selon l'article 706-54 alinéa premier du code de procédure pénale ;

« Le fichier national automatisé des empreintes génétiques, placé sous le contrôle d'un magistrat, est destiné à centraliser les empreintes génétiques issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes déclarées coupables de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions. Sont conservées dans les mêmes conditions les empreintes génétiques des personnes poursuivies pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134 ».

L'article 706-54 alinéa 2 du code de procédure pénale disposait, à la date des faits :  
« (...) Les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction ; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande ; s'il n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction (...) » .

L'article 706-55-3° du code de procédure pénale disposait à la date des faits :

«(...) Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes :

(...)

3"-Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du code pénal (...) »

L'article 706-56 §11 alinéa 1er du code de procédure pénale disposait à la date des faits, notamment :

«(...)

II.-Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique (...) est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende (...)

L'article R53-14 du code de procédure pénale disposait à la date des faits,

« Les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de quarante ans à compter :

-soit de la demande d'enregistrement lorsqu'il s'agit des résultats mentionnés au I de l'article R53-105 ou à l'article R53-12;

-soit du jour où la condamnation est devenue définitive ou, si cette date n'est pas connue du gestionnaire du fichier, du jour de la condamnation, lorsqu'il s'agit des résultats mentionnés au II de l'article R. 53-10.

Les résultats mentionnés au 2° du I de l'article R. 53-10 ne peuvent toutefois être conservés au-delà d'une durée de vingt-cinq ans à compter de la demande d'enregistrement, si leur effacement n'a pas été ordonné antérieurement dans les conditions prévues par les articles R53-13-1 à R53-13-6 (...)

## II) Motivation de la cour d'appel

Pour relaxer les prévenus de ce délit, la cour d'appel a motivé ainsi :

*« Sur le délit de refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique par personne soupçonnée d'infraction entraînant l'inscription au FNAEG :*

*Les cinq prévenus intimés concernés par ces poursuites ne contestent pas la matérialité du fait reproché.*

*En revanche, ils soutiennent, à titre principal, que les dispositions des articles 706-54 à 706-56, R.53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, ne seraient pas conformes aux dispositions de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dont ils estiment qu'elles doivent être interprétées de manière "dynamique" afin de rendre les droits garantis les plus effectifs possibles, en ce qu'elles constituent une ingérence dans le droit de chaque intéressé au respect de sa vie privée consacré par ce même article. Ils invoquent en ce sens l'arrêt du 22 juin 2017 de la Cour européenne des Droits de l'Homme (Aycaguer c/ France) au terme duquel la condamnation pénale du requérant pour avoir refusé de se soumettre au prélèvement destiné à l'enregistrement de son profil dans le FNAEG avait été analysée comme une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et ne peut passer pour nécessaire dans une société démocratique.*

*Le représentant du ministère public fait valoir pour sa part, au soutien de son appel, que cette décision de la CEDH concerne la situation de la personne condamnée mais pas celle de la personne simplement soupçonnée comme tel était le cas des cinq prévenus et invoque en ce sens l'arrêt 17-87185 du 15 janvier 2019 de la chambre criminelle de la Cour de Cassation.*

*L'article 8 de la CESDH prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de celle de son domicile et de sa correspondance et qu'il ne peut y avoir d'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.*

*L'arrêt du 22 juin 2017 de la CEDH, invoqué, est motivé par le fait qu'en droit français la procédure d'effacement n'existe que pour les personnes soupçonnées et non pour celles condamnées, que le régime actuel de conservation des profils ADN dans le FNAEG n'offre pas, en raison tant de sa durée (40 ans) assimilable à une conservation indéfinie, que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante à l'intéressé (un condamné).*

*Or, au cas présent, lorsque les intéressés avaient refusé de se soumettre au prélèvement litigieux, ils n'avaient pas le statut de condamné mais celui de personne*

contre laquelle existait seulement des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale, à savoir un délit de vol aggravé par deux circonstances.

L'article 706-54 du même code, dans sa rédaction en vigueur à la date des faits prévoyait que, dans ce cas, ces mentions sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office soit à la demande de l'intéressé lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier et prévoyait aussi que, si cette autorité n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.

L'article 706-54-1 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019, n'a pas modifié ce dispositif, a modifié seulement le mode de recours contre le refus ou l'absence d'effacement par le procureur de la République, exercé maintenant directement devant le président de la chambre de l'instruction.

En application de l'article R.53-14 du même code, les informations enregistrées au FNAEG issues des échantillons biologiques prélevés, comme en l'espèce dans le cas d'une enquête préliminaire ou d'une enquête pour délit flagrant relative à une des infractions mentionnées à l'article 706-55, ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de 25 ans à compter de la demande d'enregistrement si leur effacement n'a pas été ordonné antérieurement, excepté si la personne fait l'objet d'une décision de classement sans suite, de non-lieu, de relaxe ou d'acquiescement exclusivement fondée sur l'existence d'un trouble mental en application du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal, les résultats étant alors conservés pendant quarante ans à compter de la date de la décision.

Dès lors que ces dispositions protectrices, applicables aux intéressés, leur réservaient, y compris pendant les poursuites concernant l'infraction dont ils étaient soupçonnés, la possibilité concrète, effective et certaine de solliciter, y compris devant un juge judiciaire, l'effacement des données enregistrées, dont par ailleurs la durée de conservation était ni infinie, ni normative ni excessive au regard des infractions considérées et de l'objectif poursuivi par l'autorité publique de prévenir les infractions les plus graves, le grief invoqué d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH n'apparaît pas encouru.

Les cinq prévenus intimés concernés par ces poursuites soutiennent encore, à titre subsidiaire, au visa de l'article 8 de la Convention déjà citée et de l'article 1 de la loi du 16 janvier 1978, que le prélèvement litigieux avait porté, dans les circonstances concrètes de l'espèce, une atteinte disproportionnée au respect dû à leur vie privée.

Si cette ingérence est nécessaire notamment pour parvenir à l'objectif de prévention des infractions les plus graves, comme celles pour lesquelles le FNAEG et le FIJAIS ont été créés, le juge chargé de vérifier la conformité de ces dispositions avec celles

de l'article 8 de la CESDH doit aussi vérifier la nécessaire proportionnalité du dispositif.

Les prévenus avaient manifestement commis l'infraction dans un contexte non crapuleux mais dans celui d'une action politique et militante, entreprise dans un but d'un intérêt général ; ils avaient effectivement agi à visage découvert et avaient même donné une publicité à leur acte dans les médias et sur les réseaux sociaux, s'exposant sciemment à un risque de poursuites. Les premiers juges avaient relevé, avec pertinence, le caractère purement symbolique des faits. Certes, il s'agit d'un vol aggravé par deux circonstances mais pas celle de violence et il avait porté sur un bien de très faible valeur matérielle.

Les premiers juges ont donc fait une exacte appréciation des circonstances de l'espèce en retenant la disproportion entre, d'une part, la faible gravité objective et relative du délit dont les intéressés étaient soupçonnés au moment de leur refus de se soumettre au prélèvement litigieux et, d'autre part, l'atteinte au respect de la vie privée consécutive à l'enregistrement au FNAEG, même sous les garanties relevées plus haut, des résultats des analyses des échantillons biologiques prélevés.

Le jugement sera en conséquence confirmé sur le renvoi des intéressés des fins de cette poursuite.

### **III) Arguments développés par le parquet général**

Le parquet général invoque la jurisprudence de la chambre criminelle du 15 janvier 2019 (pourvoi n°17-87185) :

« (...) Attendu qu'il résulte des premier et dernier textes [les articles 706-54 et R53-14 du code de procédure pénale] que les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont conservées dans le Fichier national automatisé des empreintes génétiques (...);

que ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République (...); et que s'il n'a pas été ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée (...); que les informations enregistrées ne peuvent être conservées au-delà d'une durée de vingt-cinq ans (...).

« Attendu que, grâce à la possibilité concrète dont dispose l'intéressé de solliciter l'effacement des données enregistrées, ces durées de conservation sont proportionnées à la nature des infractions et aux buts des restrictions apportées au droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

« Attendu que le deuxième texte [l'article 706-56 du code de procédure pénale] incrimine le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique ;

*« Attendu que, pour infirmer partiellement le jugement et relaxer le prévenu du chef de refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique, l'arrêt attaqué énonce (...) que la condamnation pénale du requérant pour avoir refusé de se soumettre au prélèvement destiné à l'enregistrement de son profil dans le FNAEG s'analysait en une atteinte disproportionnée à son droit au respect de sa vie privée et ne pouvait passer pour nécessaire dans une société démocratique et que, partant, il y avait eu violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; que les juges ajoutent qu'au vu de cette décision mais aussi de la nature ainsi que du degré de gravité des faits principaux reprochés à M. X..., il convient d'appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de constater que la condamnation du prévenu pour l'infraction visée à l'article 706-56, II, du code de procédure pénale serait contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ;*

*Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que le refus de prélèvement a été opposé par une personne qui n'était pas condamnée mais à l'encontre de laquelle il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, de sorte qu'elle avait alors la possibilité concrète, en cas d'enregistrement de son empreinte génétique au fichier, d'en demander l'effacement, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes susvisés et les principes ci-dessus énoncés (...) ».*

Il en déduit que la chambre criminelle considère, lorsque l'infraction de refus de se soumettre au prélèvement biologique est constatée au stade des poursuites (article 706-56 §11 alinéa 1 du code de procédure pour l'une des infractions visées à l'article 706-55 du code de procédure pénale), le contrôle de conventionnalité du texte réprimant ce délit n'a pas lieu de prospérer puisque la loi a déjà intégré le principe de proportionnalité en prévoyant une durée modulable de l'inscription au FNAEG et des possibilités d'effacement.

La chambre criminelle juge en effet que l'article 706-54 alinéa 2 du code de procédure pénale, dans les termes rappelés ci-dessus et dans sa version applicable à l'espèce, complété notamment par les articles R 53-10, R 53-13-1 et R 53-14 du code de procédure pénale, applicables aux personnes non pas condamnées mais seulement suspectes, offre à ces dernières, à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55, la possibilité concrète de solliciter l'effacement des données enregistrées dans le FNAEG.

La chambre criminelle en conclut que les durées de conservation de leur empreinte génétique sont proportionnées à la nature des infractions concernées et aux buts des restrictions apportées au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CEDH.

La proportionnalité exigée par celle-ci est bien selon la chambre criminelle respectée car :

- la conservation des empreintes génétiques est limitée dans le temps ;
- la demande d'effacement est ouverte à tout moment au suspect non condamné, mais aussi, d'office, au procureur de la République et au juge d'instruction ;
- en cas de rejet, un recours est prévu devant un juge du siège.

Il énonce encore :

*« La décision AYCAGUER c/FRANCE du 22 juin 2017 de la CEDH, citée en soutien par la défense et par le tribunal correctionnel, a ainsi vocation à s'appliquer seulement lorsque l'infraction de refus de soumettre au prélèvement biologique est constatée au stade de l'exécution de la peine prononcée pour l'infraction principale (article 706-56 §II alinéa 2 du code de procédure pénale), autrement dit après condamnation définitive pour l'une des infractions visées par l'article 706-55 du code de procédure pénale.*

*Dans ce seul cadre de l'exécution de la peine principale, l'absence de décret, définissant à ce jour une durée modulable de l'inscription des empreintes génétiques au FNAEG et un régime d'effacement, justifie un contrôle au cas par cas, par le parquet puis éventuellement par le juge, de la proportionnalité entre d'une part la nature de l'infraction principale objet de la condamnation définitive, sa gravité, la date de commission des faits et la personnalité de la personne condamnée, et d'autre part la poursuite puis éventuellement la condamnation du chef de délit de refus de se soumettre au prélèvement génétique ».*

\*\*\*\*\*

Selon le parquet général de Lyon, l'arrêt de la cour d'appel a ajouté à la loi en considérant, à tort, que le principe de proportionnalité devait aussi s'apprécier, avant même la décision de poursuite des faits principaux, à partir de l'examen *in concreto* de la nature de ces derniers. Les faits reprochés aux cinq mis en cause lors de leur garde-à-vue du 11 mars 2019 ne pouvaient pas encore être considérés comme étant définitivement caractérisés. Ces faits de vol aggravé n'ont été ensuite définitivement établis qu'à l'issue des débats devant le tribunal correctionnel puis par la condamnation définitive de ces derniers le 12 juin 2019 de ce chef.

Nous reprenons ci-dessous les explications données sur le FNAEG dans le *Dalloz Action* consacré à l'instruction préparatoire :

*"Le fichier national automatisé des empreintes génétiques (Fnaeg) a été créé par la loi du 17 juin 1998<sup>1</sup>, modifié par celles des 15 novembre 2001<sup>2</sup>, 18 mars 2003, 9 mars 2004, 4 avril 2006<sup>3</sup>, 10 mars 2010<sup>4</sup>, 14 mars 2011, 5 août 2013 et 3 juin 2016.*

---

<sup>1</sup> L. n° 98-468, 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, JO 18 juin, p. 9255.

<sup>2</sup> L. n° 2001-1062, 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, JO 16 nov., p. 18215.

<sup>3</sup> L. n° 2006-399, 4 avr. 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, JO 5 avr., p. 5097.

*Il est destiné à centraliser les empreintes génétiques issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs de ces infractions. Les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction ; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande ; s'il n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction.*

*Les officiers de police judiciaire peuvent également, d'office ou à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction, faire procéder à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée.*

*Le fichier prévu par le présent article contient également les empreintes génétiques issues des traces biologiques recueillies à l'occasion des procédures de recherche des causes de la mort ou de recherche des causes d'une disparition prévues par les articles 74, 74-1 et 80-4 ainsi que les empreintes génétiques correspondant ou susceptibles de correspondre aux personnes décédées ou recherchées (C. pr. pén., art. 706-55<sup>5</sup>).*

*Les analyses et prélèvements biologiques effectués sur les individus en vue de la saisie de leur empreinte génétique dans le FNAEG fait l'objet d'un marché annuel passé par l'Administration centrale du Ministère de la Justice avec différents laboratoires. Le Conseil constitutionnel a été saisi le 17 juin 2010 par la Cour de cassation, d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 706-55 du Code de procédure pénale dans sa rédaction en vigueur et des articles 706-54 et 706-56 du même code dans leur rédaction antérieure à la loi du 10 mars 2010. Le Conseil constitutionnel a formulé deux réserves d'interprétation fondées sur l'article 9 de la Déclaration de 1789 qui, en matière de procédure pénale, proscrit « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire ».*

*La première de ces réserves concerne les infractions permettant un prélèvement d'empreintes génétiques aux fins de rapprochement avec les données du fichier (C. pr. pén., art. 706-54, al. 3). Le Conseil a spécifié que la loi devait s'interpréter comme limitant ce prélèvement à l'égard des personnes soupçonnées d'avoir commis les crimes ou délits énumérés à l'article 706-55. Du fait du principe de*

---

<sup>4</sup> L. n° 2010-242, 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, JO 11 mars, p. 4808.

<sup>5</sup> Décr. n° 2004-471, 25 mai 2004 modifiant le décret n° 97-109 du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire, JO 2 juin, p. 9733 – Décr. n° 2004-470, 25 mai 2004 modifiant le Code de procédure pénale et relatif au Fichier national automatisé des empreintes génétiques, JO 2 juin, p. 9731.

proportionnalité, la commission d'une simple contravention ou d'un délit non visé par cet article ne peut donc, par exemple, conduire à un tel prélèvement aux fins de rapp[V]ment.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs jugé que la durée de conservation des fiches, qui doit être fixée par décret, doit être proportionnée à la nature ou à la gravité des infractions concernées, tout en adaptant ces modalités aux spécificités de la délinquance des mineurs. Des durées excessives seraient sanctionnées par le juge du décret<sup>1</sup>.

Dans un arrêt de Grande Chambre en date du 22 juin 2017<sup>2</sup>, la cour de Strasbourg a encore condamné la France : le requérant s'était refusé à se prêter à un prélèvement biologique destiné à un enregistrement dans le FNAEG.

La Cour a observé, d'une part, que le Conseil constitutionnel avait rendu, le 16 septembre 2010, une décision déclarant que les dispositions relatives au FNAEG étaient conformes à la Constitution, sous réserve entre autres « de proportionner la durée de conservation de ces données personnelles, compte tenu de l'objet du fichier, à la nature ou à la gravité des infractions concernées » mais que cette réserve n'a pas reçu de suite appropriée et qu'aucune différenciation n'est actuellement prévue en fonction de la nature et de la gravité des infractions commises.

La Cour a estimé, d'autre part, que le régime de conservation des profils ADN dans le FNAEG n'offrait pas, en raison de sa durée et de l'absence de possibilité d'effacement, de protection suffisante aux intéressés. Cette circonstance ne traduisait donc pas de juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu. La Cour relève « si l'ingérence était prévue par la loi française et poursuivait un but légitime, il convient notamment de noter qu'en vertu de l'article R. 53-14 du Code de procédure pénale, la durée de conservation des profils ADN ne peut dépasser quarante ans s'agissant des personnes condamnées pour des infractions qui présenteraient toutes, selon le Gouvernement, "un certain degré de gravité", qu'il s'agissait là d'un maximum et que cette norme aurait dû être aménagée par un décret qui n'a jamais vu le jour ». Elle juge en conséquence que la condamnation du requérant s'analyse en une atteinte disproportionnée à son droit au respect de la vie privée.

De son côté, la chambre criminelle juge que méconnaît les articles 706-54, 706-56 et R. 53-14 du Code de procédure pénale, la cour d'appel qui relaxe le prévenu poursuivi pour refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique, alors que ce refus de prélèvement a été opposé par une personne qui n'était pas condamnée, mais placée en garde à vue, et à l'encontre de laquelle il existait des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, de sorte qu'elle avait alors la possibilité concrète, en cas d'enregistrement de son empreinte génétique au fichier, d'en demander l'effacement<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cons. const. 16 sept. 2010, ☞ n° 2010-25 QPC ☞, JO 16 sept., p. 16847 ; Rec. 220 ; ☞ D. 2010. Actu. 2160 ☞ ; ☞ AJ pénal 2010. 545, obs. Danet ☞.

<sup>2</sup> CEDH, Gr. Ch., 22 juin 2017, ☞ req. n° 8806/12 ☞, Aycaguer c/France, JCP 2017. 773, Zoom F. Sudre.

<sup>1</sup> Crim., 15 janv. 2019, n° 17-87.185, Bull crim n°11. AJ Pénal 2019 p.163, obs P Reviron Dalloz 2019 p.130, et 725, obs. H. Gaumont-Prat.

*Le législateur est intervenu par la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 en créant un nouvel article 706-54-1 du code de procédure pénale qui prévoit que les empreintes génétiques des personnes enregistrées dans le FNAEG peuvent être effacées sur instruction du procureur de la République, agissant à la demande de la personne concernée. A peine d'irrecevabilité, la personne ne peut former sa demande d'effacement qu'à l'issue d'un délai fixé par le décret prévu au dernier alinéa de l'article 706-54. Les empreintes génétiques des personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 706-54 sont effacées sur instruction du procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé. L'effacement des empreintes est prononcé lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande ; si le procureur de la République n'a pas ordonné l'effacement, l'intéressé peut exercer un recours devant le président de la chambre de l'instruction ».*

\*\*\*\*\*

Le pourvoi du parquet général, fondé sur une violation de la loi, énonce dans son articulation une contradiction de motifs.

Il est en effet reproché à l'arrêt attaqué d'avoir relaxé les prévenus du chef de refus de se soumettre au prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique par une personne soupçonnée d'infraction entraînant l'inscription au FNAEG, délit prévu et puni par les articles 706-54 alinéas 2 et 3, 706-55, 706-56 §I alinéa 1 et §II alinéa 1 du code de procédure pénale dans leur rédaction antérieure à la loi du 2019-222 du 23 mars 2019 au motif que «les premiers juges ont donc fait une exacte appréciation des circonstances de l'espèce en retenant la disproportion entre, d'une part la faible gravité objective et relative du délit dont les intéressés étaient soupçonnés au moment de leur refus de se soumettre au prélèvement litigieux et, d'autre part, l'atteinte au respect de la vie privée consécutive à l'enregistrement au FNAEG, même sous les garanties relevées plus haut, des résultats des analyses des échantillons biologiques prélevés alors que la cour d'appel ne pouvait pas, sans se contredire, juger par ailleurs à titre principal que «(...) le grief invoqué [par les prévenus] d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH n'apparaît pas encourue (...) » par la mise en oeuvre des dispositions des articles 706-54 à 706-56, R53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, en raison de leur conformité aux normes conventionnelles invoquées ».

La cour d'appel a effectivement procédé en **deux temps** :

- dans le premier, elle a estimé, s'agissant des dispositions des articles 706-54 à 706-56, R.53-9 et suivants du code de procédure pénale, dans leur rédaction en vigueur à la date des faits, que, lorsque les intéressés avaient refusé de se soumettre au prélèvement litigieux, ils n'avaient pas le statut de condamné mais celui de personne contre laquelle existait seulement des indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elle ait commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du code de procédure pénale, à savoir un délit de vol aggravé par deux circonstances.

Elle a jugé que, dès lors que ces dispositions protectrices, applicables aux intéressés, leur réservaient, y compris pendant les poursuites concernant l'infraction dont ils étaient soupçonnés, la possibilité concrète, effective et certaine de solliciter, y compris devant un juge judiciaire, l'effacement des données enregistrées, dont par ailleurs la durée de conservation était ni infinie, ni normative ni excessive au regard des infractions considérées et de l'objectif poursuivi par l'autorité publique de prévenir les infractions les plus graves, le grief invoqué d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDH n'apparaît pas encouru.

- dans un second temps, la cour d'appel a jugé que « si cette ingérence est nécessaire notamment pour parvenir à l'objectif de prévention des infractions les plus graves, comme celles pour lesquelles le FNAEG et le FIJAIS ont été créés, le juge chargé de vérifier la conformité de ces dispositions avec celles de l'article 8 de la CESDH doit aussi vérifier la nécessaire proportionnalité du dispositif ».

Ayant analysé la situation *in concreto* les juges ont alors estimé que l'infraction avait été commise dans un contexte non crapuleux mais dans celui d'une action politique et militante, entreprise dans un but d'un intérêt général, que les faits commis étaient d'une faible gravité objective et dès lors disproportionnés avec le délit dont les intéressés étaient soupçonnés au moment de leur refus de l'atteinte au respect de la vie privée consécutive à l'enregistrement au FNAEG, même sous les garanties relevées plus haut.

\*\*\*\*\*

A propos du **contrôle de proportionnalité** ici mis en oeuvre par la cour d'appel, M; Pascal Chauvin, président de chambre à la Cour de cassation, l'a présenté ainsi (Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Gaz pal 6 déc. 2016, n°43, p 10).

*« Le contrôle de proportionnalité peut être défini comme le contrôle exercé par une juridiction et consistant à vérifier concrètement que l'application d'une règle de droit interne ne conduit pas à porter une atteinte disproportionnée à un droit fondamental garanti par une convention internationale ou par une norme nationale au regard du but légitime poursuivi par cette règle.*

*Lorsque le droit fondamental en cause est garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme, tout l'enjeu du contrôle de proportionnalité, pour les juridictions des États parties à la Convention, est d'éviter le risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg. À cet égard, il faut rappeler que le contrôle de proportionnalité ne peut concerner que les droits dits « relatifs », comme, par exemple, le droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8 de la Convention européenne, par opposition aux droits qualifiés d'« absolus », tels que, autre exemple, la prohibition de la torture et des traitements inhumains ou dégradants édictée à l'article 3 et pour lesquels le juge doit se borner à rechercher l'existence ou non d'une atteinte.*

...

*Le contrôle de proportionnalité consiste à répondre à la question suivante : dès lors qu'un droit fondamental est en cause et que la mesure contestée constitue, dans l'exercice de ce droit, une ingérence qui a une base légale claire et accessible en droit interne et qui est justifiée par un but légitime, une telle ingérence porte-t-elle une atteinte excessive au droit fondamental au regard de ce but légitime ?*

...

*À partir du moment où la Cour de cassation décide que les décisions de la Cour européenne s'imposent à elle et où celle-ci l'oblige expressément à mettre une loi à l'écart si les intérêts en cause le justifient, la Cour de cassation n'a d'autre choix, dans l'exercice du contrôle de proportionnalité, que d'envisager une possible mise de côté d'une disposition législative. Au demeurant, il ne s'agit, par le biais d'un contrôle de proportionnalité in concreto, que d'une mise à l'écart ponctuelle, par conséquent moins drastique qu'une mise à l'écart définitive obtenue par le biais d'un contrôle de conventionnalité in abstracto »,*

Là où le mémoire du parquet général voit une contradiction de motifs, on pourrait voir seulement le rejet de la non conventionnalité du texte énoncé, puis une étude de proportionnalité au terme de laquelle la cour d'appel a jugé que la norme devait être « mise à l'écart » dans le cadre strict étudié.

Cela est-il possible dès lors que dans le cadre de chacun de ces contrôles, c'est l'article 8 de la Convention qui est examiné? C'est cette question qui semble ainsi posée par le parquet général.

La cour d'appel n'a d'ailleurs fait que répondre aux conclusions déposées devant elle faisant bien la distinction entre les deux types de contrôle. Ainsi, le premier paragraphe de ces conclusions sur le contrôle de conventionnalité se termine par « *il résulte de l'ensemble de ces éléments que la législation française relative aux modalités de prélèvement, conservation et effacement des données à caractère personnel figurant au sein du FNAEG n'est pas conforme aux dispositions de l'article 8 de la CESDH* » tandis que le chapitre sur le contrôle de proportionnalité se termine par « *cette disproportion est de nature à caractériser une atteinte au respect dû à la vie privée des prévenus et à méconnaître les dispositions de l'article 8 de la CESDH* ».

La chambre criminelle qui, en l'espèce se contente d'un contrôle léger, ou contrôle du contrôle exercé par les juridictions du fond, devra dire si la cour d'appel a pu répondre comme elle l'a fait aux conclusions déposées devant elle.