



**AVIS ORAL DE M. BOUGY,
AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêts n° 357 et 358 du 18 mai 2022 – Chambre criminelle

Pourvoi n° 21-86.685 et 21-86.647

**Décision attaquée : cour d'appel de Colmar, 30 juin 2021 - cour
d'appel de Grenoble, 27 octobre 2021**

Monsieur le président, Mesdames, Messieurs les conseillers,

La question qui nous est posée par ces deux pourvois est simple : dans quelles conditions l'exercice de la liberté d'expression peut-elle conduire à justifier la commission d'infractions pénales ?

Une question simple ne signifie pas que la réponse est facile. Ce qui est certain, c'est que la ou les réponses que vous apporterez aujourd'hui auront une portée qui dépassera très largement la situation à l'origine de ces pourvois, celle de ces militants de la cause environnementale s'étant emparé dans des mairies de portraits du Président de la République.

Elle aura en effet vocation à servir de guide aux juridictions de notre pays lorsque des militants politiques invoqueront devant elles l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme pour justifier la commission d'une infraction pénale.

Car à l'époque des chaînes d'information en continu et des réseaux sociaux, de nombreux militants politiques estiment bénéficier d'une plus grande audience dans les

médias en associant la proclamation de leurs idées à un geste fort qui, parfois, passe par la commission d'une infraction. Les illustrations sont nombreuses : slogan peint sur les murs d'une université, slogan peint sur le buste dénudé d'une militante « femen », rayons de supermarchés vidés de leurs produits agricoles d'importation, produits phytosanitaires recouverts de peinture dans des jardineries, destruction de cultures soupçonnées de contenir des OGM, slogans peints sur des vitrines de boucheries pour dénoncer la vente de viande, statues déboulonnées en ce qu'elles représentent un personnage ayant favorisé l'esclavage, pères divorcés occupant une grue pour protester contre une justice qui favoriserait les mères... Il faut s'attendre à ce que de plus en plus souvent, l'article 10 soit invoqué, ce qui nécessite de bien peser les avantages et les inconvénients des solutions à retenir dans l'examen de ces pourvois.

* * *

Les deux pourvois examinés ce jour portent sur deux condamnations prononcées par les cours d'appel de Colmar et de Grenoble contre des « décrocheurs ». Cette formule, nous le savons, désigne un mode d'action politique original et non violent, consistant pour des militants à s'introduire dans des mairies pour s'emparer du portrait du Président de la République et à communiquer ultérieurement dans les médias pour expliquer qu'ils ont mené cette action pour protester contre l'inaction du gouvernement face au réchauffement climatique. Les militants identifiés, qui agissent à visage découvert, ont été poursuivis ensuite sur le plan pénal sous la qualification de vols en réunion. Ils ont soulevé devant leurs juges différents moyens dont un qui nous intéresse aujourd'hui, la protection accordée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme à la liberté d'expression.

Votre chambre a déjà rendu le 22 septembre 2021 un premier arrêt à l'occasion de poursuites intervenues dans le même contexte. Elle a censuré une cour d'appel qui avait jugé que la liberté d'expression ne pouvait jamais justifier la commission de délit pénal. Vous aviez jugé qu'en « *se déterminant ainsi, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des prévenus, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.* » ([Crim., 22 septembre 2021, pourvoi n° 20-85434](#)).

Vous vous inscrivez ainsi dans la ligne de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que lorsqu'une incrimination pénale constitue une entrave à la liberté d'expression, il y a lieu de vérifier si cette entrave est légitime et nécessaire et de procéder à cette fin à un contrôle de proportionnalité entre les effets de cette incrimination et l'atteinte portée au droit fondamental.

Cet arrêt du 22 septembre 2021 n'était pas le premier que vous rendiez au visa de l'article 10. Vous aviez déjà recouru à cet examen de proportionnalité pour examiner le cas d'une journaliste poursuivie pour escroquerie pour avoir infiltré sous une fausse qualité un mouvement politique sur lequel elle enquêtait ou celui d'une militante « femen » poursuivie pour exhibition sexuelle après s'être introduite au musée Grévin pour mener, la poitrine dénudée, une action contre l'effigie du Président [J].

Les pourvois soumis aujourd'hui à votre appréciation portent sur des arrêts qui, tenant compte de votre jurisprudence, ont procédé l'un et l'autre à un examen de proportionnalité au terme duquel ils sont entrés en voie de condamnation, considérant qu'il n'y avait pas lieu de faire prévaloir en l'espèce la liberté d'expression sur l'infraction pénale retenue.

Les demandeurs aux pourvois vous demandent en premier lieu de procéder vous-même au contrôle de proportionnalité, et subsidiairement, de casser les décisions en raison d'une insuffisance de leur motivation.

* * *

Rappelons à ce stade que la Cour européenne des droits de l'homme a posé les deux règles suivantes:

- Le contrôle de proportionnalité suppose un examen in concreto des circonstances de l'espèce,
- Le principe de subsidiarité permet aux Etats membres, et donc à leurs juges, de préciser le cadre juridique de l'exercice d'un droit protégé par la Convention européenne.

Deux questions se posent alors à votre chambre :

- Appartient-il à la Cour de cassation de procéder elle-même au contrôle de proportionnalité ou, celui-ci est-il réservé aux juges du fond dès lors qu'il s'effectue « in concreto » ?
- Est-il possible de définir plus précisément des critères de nature à unifier la jurisprudence relative au contrôle de proportionnalité en la matière ?
-

I. Appartient-il à la Cour de cassation de procéder elle-même au contrôle de proportionnalité ?

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie d'une atteinte à l'article 10, considère que « *sa tâche ne consiste point à contrôler in abstracto la loi et la pratique pertinentes ; il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie, sans toutefois oublier le contexte général* » ([CEDH, arrêt du 6 décembre 2007, Johansson C. Finlande, no10163/02](#)).

La Cour de cassation n'est pas un juge du fait, mais un juge du droit. Comment pourrait-elle dès lors procéder à cet examen in concreto ? Elle doit nécessairement considérer comme acquis les éléments de fait évoqués par le juge du fond, puis exercer un contrôle de violation de la loi par refus d'application ou fausse application.

M. le conseiller rapporteur a rappelé qu'il est arrivé à la chambre criminelle de se livrer elle-même à un contrôle de proportionnalité, dans le cadre d'un « contrôle lourd ». Il cite cet arrêt déjà évoqué relatif à la journaliste infiltrée dans un parti politique. Il y a lieu toutefois de souligner que dans cet arrêt, votre chambre a statué par substitution de motifs, ce qui l'a conduit nécessairement à « prendre la main » pour effectuer elle-même le contrôle.

Dans les autres cas, elle s'est contentée d'un contrôle léger pour vérifier la pertinence de la motivation de la décision, en utilisant une formule telle que celle-ci : « *l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue 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.* »

En d'autres termes, le juge de cassation s'est alors contenté d'examiner si la motivation développée est suffisante et dénuée de contradiction.

Selon le demandeur au pourvoi, le « contrôle lourd » serait le seul qui garantisse une application uniforme de la loi sur l'ensemble du territoire, et qui éviterait en conséquence des solutions divergentes d'une cour d'appel à l'autre comme c'est le cas dans ces différents dossiers relatifs aux « décrocheurs ».

J'entends l'argument. Mais comment s'étonner que les décisions rendues ne soient pas identiques dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme demande un contrôle de proportionnalité « in concreto » ? Rechercher une solution unique supposerait par définition une approche in abstracto contraire à la jurisprudence de la cour européenne...

S'il est souhaitable de chercher à homogénéiser les décisions des juges du fond, c'est à mon sens en posant un certain nombre de critères qui les guideront pour effectuer ce contrôle de proportionnalité.

En 1810, le code pénal faisait entrer dans la loi la théorie de la légitime défense, sans cependant en définir les contours. C'est la Cour de cassation qui a posé un certain nombre de conditions : la défense doit être nécessaire, le danger doit être actuel, l'agression doit être injuste... Le nouveau code pénal a ensuite intégré ces éléments dans le nouveau texte.

C'est un peu la même démarche dans laquelle nous sommes engagés aujourd'hui. Vous avez dans la motivation de l'arrêt du 22 septembre 2021 rappelé que « *dans certaines circonstances* », l'incrimination d'un comportement pouvait constituer une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression.

Il vous revient de préciser aujourd'hui quelles sont ces circonstances, quelles sont les conditions devant être réunies pour que l'exercice de la liberté d'expression puisse justifier la commission d'une infraction pénale et interdire toute sanction voire, toute poursuite.

II. Les conditions dans lesquelles la liberté d'expression peut permettre à l'auteur d'une infraction d'échapper à sa responsabilité

1°) La première de ces conditions ne prête pas à discussion : les faits reprochés doivent avoir été commis dans le contexte d'« *un discours de nature politique ou un*

débat d'intérêt général », pour reprendre la formulation de la cour européenne, ou dans « **une démarche de protestation politique** », pour reprendre la formulation employée par votre chambre dans l'arrêt du 26 février 2020.

2°) L'action entreprise, constituant le comportement incriminé, doit être **nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression**, c'est-à-dire que le juge ne doit pas se limiter au mobile invoqué par les militants, mais doit caractériser un lien direct entre le geste ou la parole incriminé et le fait d'exprimer une opinion.

Lorsqu'une militante « *femen* » fait apparaître en se dénudant partiellement un slogan politique peint sur son corps, le lien est évident. Lorsque des « décrocheurs » s'emparent d'un portrait du président, le lien est plus discutable puisque seule une communication ultérieure au travers d'une conférence de presse ou d'un commentaire sur les réseaux sociaux permet de comprendre la teneur du message. Cette dissociation dans le temps entre une action dont le sens n'est pas explicite et une communication politique qui intervient ensuite sous forme de « revendication » est problématique : l'incrimination du vol ne constitue pas une atteinte à la liberté d'expression dès lors que le temps de l'expression de l'opinion n'est pas le même que celui des faits qualifiés de vol.

Mais admettons qu'on puisse donner à cette action militante le caractère de « protestation politique », il faut alors examiner « in concreto » si cette action avait réellement pour objet de permettre l'expression d'une opinion, ou si elle ne poursuivait pas un autre but.

Lorsque ces mêmes décrocheurs refusent de rendre les portraits aux mairies tant que le gouvernement n'aura pas changé de politique, sommes-nous encore dans l'exercice de la liberté d'expression ? Je ne le pense pas, car ils se sont déjà exprimés face aux caméras et sur les réseaux sociaux et l'accaparement dans le temps d'un bien ne leur appartenant pas ne peut plus être justifié par la nécessité de s'exprimer. Il devient une sorte de moyen de pression exercé sur leur adversaire politique. En d'autres termes, il ne faut pas faire du mobile politique une « cause d'immunité » légitimant tous les comportements du militant, même ceux qui n'ont rien à voir avec l'expression de son opinion, mais il faut veiller à protéger toute sa liberté d'expression et rien que sa liberté d'expression.

3°) Si les deux premières conditions sont remplies vient alors **l'examen de proportionnalité** lui-même, au cours duquel le juge devra apprécier d'un côté la gravité des faits commis et de l'autre l'atteinte à la liberté d'expression.

Dans l'examen de la gravité des faits, il peut faire entrer les éléments suivants :

- La nature des **valeurs protégées** par l'incrimination pénale, qui sont, reprendre la liste de l'article 10 § 2 de la Convention, « *la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, 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 **gravité du préjudice** subi, qu'il s'agisse d'un préjudice corporel ou matériel
- **le contexte** dans lequel l'infraction a été commise. La chambre criminelle a fait expressément référence à ce critère du contexte dans son arrêt du 26 février 2020 déjà cité. A titre d'exemples, peuvent entrer dans le contexte la nature violente ou non des propos ayant accompagné les faits, la clandestinité de l'action menée ou le recours à une dissimulation des visages, ...
- La chambre criminelle a également fait référence dans le même arrêt à la **nature de l'infraction** commise. Je ne suis pas certain toutefois que ce critère soit utile dès lors que les infractions contre les personnes ne sont pas exclues (exhibition sexuelle). On pourrait certes imaginer d'exclure les infractions de nature criminelle, mais ce critère recouperait nécessairement celui de la gravité.

Dans l'examen de l'atteinte à la liberté d'expression, le juge peut prendre en compte plusieurs éléments :

- La **sanction** réellement prononcée
- Les conséquences concrètes des **mesures d'investigation** (garde à vue, perquisition, ...), notamment lorsqu'elles ont empêché toute expression de l'opinion de l'intéressé ;
- L'effet dissuasif provoqué par a **Crainte** de la mise en œuvre de mesures privatives de liberté, ayant conduit l'intéressé à renoncer à s'exprimer.
- L'impossibilité ou **la difficulté à faire entendre son opinion par un autre moyen.**

Il n'y a pas lieu d'exiger du juge qu'il caractérise ou même qu'il examine chacun de ces éléments, mais il me semble que sa motivation doit porter à la fois sur la gravité des faits et sur l'atteinte à la liberté d'expression. Il doit en outre développer une « motivation circonstanciée » s'appuyant sur les circonstances de fait du dossier et non sur une approche purement abstraite du sujet.

III. La mise en œuvre de ces principes aux situations visées par les deux pourvois

Pour chacun des deux arrêts attaqués, les cours d'appel ont procédé à un contrôle de proportionnalité et ont développé une motivation qu'il vous appartiendra de déclarer ou non suffisante.

1. Le pourvoi 21-86.685 contre l'arrêt de la cour d'appel de Colmar

La cour d'appel de Colmar a développé essentiellement deux motifs pour conclure que la déclaration de culpabilité constituait une ingérence proportionnée à la liberté d'expression des prévenus :

- les prévenus disposaient d'autres moyens tout à fait légaux pour exprimer leur opinion sur les manquements reprochés au Gouvernement dans la lutte contre le réchauffement climatique,
- ils ont refusé de rendre le portrait volé tant que la politique du Gouvernement n'aurait pas changé dans le sens souhaité.

Elle exprime également ses craintes que la motivation de ces militants, qui ont expliqué avoir choisi ce moyen d'action parce que les précédents n'avaient pas amené de changement dans la politique du gouvernement, ne les conduisent à enfreindre de nouveau la loi par « *de nouvelles dérives aux conséquences plus graves* ».

Face à l'exigence d'une motivation circonstanciée posée par la Cour européenne en matière de contrôle de proportionnalité, cette motivation peut paraître faible, d'autant que le premier argument, très abstrait, est critiquable en ce qu'il se retrouve dans tous les cas de figure, et que le dernier argument, de nature hypothétique, relève plus de l'appréciation de la peine que de l'appréciation de la responsabilité pénale.

Je suis toutefois d'avis de rejeter le moyen, en procédant à une substitution de motifs.

En effet, comme il a été observé plus haut, avant même de procéder à un contrôle de proportionnalité, le juge doit s'assurer que le comportement incriminé était bien nécessaire à l'exercice de la liberté d'expression... Le refus des militants de restituer le portrait volé n'a plus de lien avec l'expression de leur opinion qui a déjà eu lieu au moment de ce refus. Dès lors, le vol incriminé n'entre pas dans le champ de l'article 10 et il n'y a donc pas lieu de procéder à un examen de proportionnalité.

2. Le pourvoi R21-86.647 contre l'arrêt de la cour d'appel de Grenoble

La cour d'appel de Grenoble a pris en compte dans son examen de proportionnalité les éléments suivants :

- l'action était préparée et concertée en dehors de toute manifestation et six personnes y ont participé,
- les auteurs ont utilisé un stratagème pour distraire l'attention de la secrétaire de mairie,
- aucune violence n'a été commise, mais la liberté de mouvement de la secrétaire de mairie a été entravée,
- la secrétaire de mairie a indiqué avoir été choquée par les faits,
- aucun message explicite n'a été perçu par la secrétaire de mairie, seule témoin du vol, au moment de celui-ci,
- l'utilisation du portrait volé est intervenue après le vol, par la diffusion de photos de l'opération sur les réseaux sociaux et l'interview des militants dans la presse.

Le moyen du pourvoi dénie à ces différentes observations la qualité de motifs susceptibles d'être pris en compte dans un contrôle de proportionnalité. Je ne partage pas cette opinion.

La cour d'appel aurait pu, après avoir souligné que l'expression des militants se situait dans une période autre que les faits incriminés, en déduire qu'ils ne pouvaient être considérés comme un mode d'expression de l'opinion des militants.

Elle n'a pas raisonné de la sorte et a intégré cet élément dans le contrôle de proportionnalité auquel elle a procédé. Elle a mis ainsi en balance des éléments de nature à mesurer la gravité des faits, certains favorables aux prévenus (aucune violence commise), d'autres défavorables (concertation, stratagème, entrave à la liberté d'aller et venir de la secrétaire, choc ressentie par celle-ci) et des éléments de nature à mesurer l'entrave à la liberté d'expression (absence de message explicite délivré sur les lieux, message politique transmis dans un second temps après l'opération menée,..)

La cour d'appel a donc bien apprécié in concreto les éléments devant être pris en compte dans ce contrôle de proportionnalité et si le demandeur au pourvoi ne partage pas les conclusions qu'elle en a tirées, il ne fait en réalité que remettre en cause son appréciation souveraine des faits. La cour d'appel n'avait pas à commenter dans sa motivation chacune des circonstances de fait mises en avant dans le mémoire en défense et était libre de retenir dans l'examen de proportionnalité les circonstances qui lui paraissaient réellement utiles.

La peine prononcée par la cour d'appel, purement symbolique puisque se limitant à 200 euros d'amende avec sursis, n'entrait pas dans cet examen, intervenant nécessairement après la déclaration de culpabilité. Elle apparaît toutefois, au stade où nous examinons l'arrêt, en pleine adéquation avec cette approche mesurée à laquelle la cour a procédé.

IV. Conclusion

Dans ces conditions, je conclus au rejet des deux pourvois,

- le premier, celui contre l'arrêt de la cour d'appel de Colmar, par substitution de motifs, en considérant que les faits incriminés n'avaient pas pour objet d'exprimer une opinion dès lors que prévenus ont refusé de rendre le produit du vol après leur communication dans les médias et ne peuvent en conséquence être justifiés par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- Le second parce que la cour d'appel de Grenoble a, par une motivation circonstanciée, retenu dans son examen de proportionnalité un certain nombre de circonstances dont elle a pu déduire que l'incrimination du vol était nécessaire et proportionnée à l'atteinte portée à la liberté d'expression.