

**Recueil Dalloz 2009 p.402****Injure à raison de l'orientation sexuelle et liberté d'expression****Jean Pradel, Professeur émérite de l'Université de Poitiers**

Cet arrêt de la chambre criminelle du 12 novembre 2008 ne laissera insensibles ni les défenseurs de la liberté d'expression, ni les membres de la communauté homosexuelle.

Les faits à l'origine de cette décision sont simples. Une loi du 30 décembre 2004 crée à l'ombre du délit général d'injure (art. 29 de la loi du 29 juill. 1881) le délit « d'injure commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap » (art. 33, al. 4, de la loi du 29 juill. 1881). Dans le sillage des débats et du vote de ce texte, un député, Monsieur Christian Vanneste, tient certains propos dans deux journaux locaux. A « La Voix du Nord » (édition du 26 janv. 2005), il indique notamment : « *Est-ce que j'ai appelé à une quelconque violence ? Mes propos ne sont pas discriminatoires, car je ne m'en prends pas à une ethnie ou à une race, mais à un comportement. Je porte un jugement moral que j'ai parfaitement le droit d'émettre. L'homosexualité... est un comportement qu'il faut soit quitter, soit assumer. Si on l'assume, ça doit être dans la discrétion. Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité...* ». Et dans son édition du 4 février 2005, le journal « Nord Eclair » publie entre autres les passages suivants : « *Je critique les comportements. Je dis qu'ils sont inférieurs moralement...* ».

Il n'en fallait pas plus pour que trois associations de la cause homosexuelle citent directement M. Vanneste devant le tribunal correctionnel du chef d'injures à raison de l'orientation sexuelle. Le prévenu est condamné et la cour de Douai (25 janv. 2007) confirme la décision des premiers juges. Nullement découragé et porté par la conviction que le droit est de son côté, M. Vanneste forme un pourvoi en cassation. Par arrêt du 12 novembre 2008, la chambre criminelle casse l'arrêt d'appel et - détail intéressant - elle le fait sans renvoi : on peut en déduire qu'elle était sûre de la justesse de sa décision puisqu'elle n'éprouvait pas le besoin de saisir une autre cour d'appel. On observera surtout que l'arrêt a été rendu au double visa de l'article 29 de la loi précitée du 29 juillet 1881 et de l'article 10 de la Convention EDH consacrant la liberté d'expression. La décision vise donc à la fois le droit français et le droit européen.

**I** - Sur le plan du droit interne, l'arrêt mentionne l'article 29 de la loi de 1881 sur le délit général d'injure et pas l'article 33, alinéa 4, de ladite loi sur l'injure à raison de l'orientation sexuelle. Il faut rappeler que ce dernier délit est en réalité une variante du premier, incluant donc ses éléments et ajoutant un élément de connotation sexuelle, d'où le choix en faveur du délit spécial en cas de présence d'un tel élément (principe de spécialité). La chambre criminelle a donc cru plus simple de ne viser que l'article 29 qui, par sa définition et la jurisprudence à laquelle il a déjà donné lieu, permet plus aisément d'asseoir la décision.

Sur la base de l'article 29, et dans son attendu riche, la chambre criminelle rappelle « *qu'en matière de presse, il appartient à la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur le sens et la portée des propos poursuivis ; que les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* ». Ce sont ces deux idées qu'il faut examiner.

**A** - La chambre criminelle a déjà eu l'occasion de rappeler « *qu'il lui appartient d'exercer son contrôle sur le point de savoir si le fait poursuivi présente les éléments légaux de l'injure tels qu'ils sont définis par la loi du 29 juillet 1881 sur la presse et tels qu'ils se dégagent des écrits...* » (Crim. 6 mars 1974, deux arrêts, Bull. crim. n° 98 et 99). Elle ajoute parfois que « *ce contrôle doit s'exercer sur le sens et la portée des propos incriminés* » (Crim. 20 oct. 1992, Bull. crim. n° 329 ; 14 févr. 2006, Bull. crim. n° 42, D. 2006. IR. 886, et 2007. Pan. 1038, spéc. 1041, obs. J.-Y. Dupeux  ; AJ pénal 2006. 219  ; RSC 2006. 625, obs. J. Francillon  ; Dr. pénal 2006, Comm. n° 67, obs. M. Véron ; JCP 2006. I. 190, obs. B. de Lamy).

En assurant un tel contrôle, la chambre criminelle entend éviter des condamnations infondées dont elle n'aurait pas vérifié la justesse et, indirectement, défendre la liberté d'expression.

L'arrêt commenté n'indique pas si le délit était ou non en l'espèce constitué. On peut cependant admettre qu'il ne l'était pas. L'article 29, alinéa 2, de la loi de 1881 rappelle que l'injure est « *toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* ». Or, il apparaît bien que les propos de M. Vanneste constituent un jugement de valeur et rien d'autre.

Comme il l'indique lui-même dans son pourvoi, ses propos sont mesurés et ont eu pour seul objet de nourrir un débat quant à la nécessité d'adopter l'article 33, alinéa 4. L'injure, faut-il le rappeler, suppose une atteinte personnelle (Crim. 9 avr. 1937, Bull. crim. n° 68, délit non constitué ; 26 mai 1987, Bull. crim. n° 218, délit constitué).

**B** - C'est qu'en effet, l'incrimination d'injure « *touche dans tous les cas à la liberté d'expression* » (Crim. 5 nov. 1974, Bull. crim. n° 312). La place du délit est donc réduite. On comprend dès lors pourquoi « *les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* », comme le rappelle notre arrêt. Tout est donc un problème de frontière entre le permis et le non permis (sanctionné par les peines du délit d'injure). Toutefois le domaine du permis est plus vaste que celui du non permis. Deux observations doivent nous en convaincre.

L'arrêt du 12 novembre 2008, tout d'abord, précise « *qu'en matière de presse... les restrictions à la liberté d'expression sont d'interprétation étroite* ». Cette expression ne semble être utilisée qu'en cette matière (V. déjà Crim. 2 mai 2007, Bull. crim. n° 115 ; D. 2007. AJ. 1734 ). La chambre criminelle utilise traditionnellement l'expression « d'interprétation stricte » et pas celle « d'interprétation étroite ». On admettra sans difficulté que l'interprétation stricte d'un texte d'incrimination oblige le juge à appliquer ce dernier ni au-delà ni en deçà de la volonté du législateur (J. Pradel, *Droit pénal général*, 17<sup>e</sup> éd., Cujas, 2008-2009, n° 187 s.). Et l'on peut, semble-t-il, admettre que l'interprétation étroite entraîne une application du texte plus restrictive, ce qui doit conduire à appliquer le moins souvent possible les limites à la liberté d'expression. Sans doute un arrêt avait naguère décidé « *qu'en matière pénale, tout est de droit étroit* » (Crim. 4 févr. 1898, S. 1899. I. 249, note J.-A. Roux). Mais cet arrêt est plus que centenaire et la formule qu'il utilise ne semble pas avoir été reprise par la suite, sauf, répétons le, en matière de presse.

On peut ajouter que l'intention des rédacteurs de la loi du 29 juillet 1881 a été manifestement favorable à la liberté d'expression, beaucoup plus nettement que les lois précédentes sur la presse. Faut-il rappeler que cette loi est intitulée « Loi sur la liberté de la presse » et non « Loi sur la presse ». L'interprète a souvent intérêt à consulter les intitulés des lois. Les délits décrits dans la loi de 1881 sont soumis à des conditions procédurales très strictes et l'on citera l'exemple de la prescription qui est de trois mois (art. 65) et non de trois ans, comme dans le droit commun des délits. Il doit en aller de même en droit de fond.

Notre droit interne, pour renforcer le principe de la liberté d'expression, fait d'ailleurs appel à d'autres textes, notamment de nature supranationale. Selon un arrêt d'appel, « *tant l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que l'article 19 du Pacte international des droits civils et politiques et l'article 10 de la Convention EDH garantissent la liberté d'expression comme une liberté fondamentale tout en réservant certes la possibilité d'abus* » (Versailles, 17 mai 1995, D. 1995. IR. 213, et 1997. Somm. 73, obs. T. Massis  ; RSC 1996. 119, obs. Y. Mayaud ). C'est déjà évoquer le droit européen.

**II** - Les rédacteurs de l'arrêt ci-dessus reproduit ont précisément fait appel à l'article 10 de la Convention EDH. Doit-on rappeler que ce texte intitulé « Liberté d'expression » commence ainsi : « *Toute personne a droit à sa liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées...* ».

A ce titre général, la Cour européenne interprète libéralement ce texte, ce qui constitue déjà un indice en faveur de la liberté d'expression invoquée par l'arrêt du 12 novembre 2008, d'autant que notre jurisprudence est tenue par celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Mais il faut en outre s'interroger sur certaines particularités de l'espèce, susceptibles d'influer sur le sens de l'arrêt.

**A** - La Cour européenne, de façon générale, tient la main à une interprétation rigoureuse de ce principe. Dans une formule forte, elle rappelle que la liberté d'expression « *constitue 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* » (CEDH 29 mars 2001, *Thoma c/ Luxembourg*, § 43, RTDH 2002. 203, obs. D. Spielmann ; 8 juill. 1986, *Lingens c/ Autriche*, § 41, série A, n° 103,

Cah. dr. europ. 1988. 470, obs. G. Cohen-Jonathan ; RSC 1987. 269, obs. Pettiti et Teitgen). Bref, « l'article 10 ne saurait s'accommoder d'une pensée unique ou du politiquement correct » (J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 132).

Il est vrai que le principe n'est pas absolu. D'abord, le paragraphe 2 de l'article 10 établit les limites et notamment celle tenant à « la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». A vrai dire, les propos de M. Vanneste ne portent atteinte à aucune personne en particulier, mais à un comportement adopté par des personnes non individualisées. Ensuite, la lecture des arrêts strasbourgeois laisse apparaître un souci d'équilibre qu'il convient de maintenir entre la liberté d'expression et le respect des valeurs qui soutendent la Convention EDH, ce qui peut conduire les juges européens à invoquer la violation du principe de proportionnalité pour condamner un Etat (CEDH 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c/ France*, § 53 et 58, D. 1999. Jur. 223, note P. Rolland  ; RSC 1999. 151, obs. Massias  ; RTDH 1989. 366, obs. Cohen-Jonathan ; JCP 1999. II. 10119, note H. Moutouh). En l'espèce, les deux requérants avaient été condamnés par la justice française pour apologie de crime ou délit de collaboration. Or, ils avaient fait moins l'éloge d'une politique que celle d'un homme, P. Pétain, dont ils demandaient la révision de la condamnation. La Cour européenne condamne la France en estimant que cette condamnation est disproportionnée.

**B** - En considérant certaines particularités de l'espèce, on doit se demander si, au regard du droit européen, la liberté d'expression ne doit pas être, d'un côté, réduite à cause du caractère peut-être choquant des propos de M. Vanneste et, d'un autre côté, renforcée compte tenu de la personnalité de celui-ci qui est un homme politique.

1 - Les propos de M. Vanneste peuvent-ils être considérés comme choquants au point de le priver du droit d'invoquer la liberté d'expression ? La réponse est négative en droit européen. Cette liberté, précise en effet la Cour européenne, « vaut non seulement pour les infractions ou les 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 veut le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique » (CEDH 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49, série A, n° 24, Cah. dr. eur. 1978. 350, obs. Cohen-Jonathan ; 23 sept. 1994, gde ch., *Jersild c/ Danemark*, § 33, série A, n° 298 ; RSC 1995. 385, spéc. 395, obs. F. Massias  ; RTDH 1995. 400, obs. Rigaux). On aura noté la proximité entre la formule strasbourgeoise et celle de l'arrêt du 12 novembre 2008 qui parle de propos « qui ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles ». Notre arrêt s'inspire manifestement de précédents de la Cour européenne.

On peut même aller plus loin en rapprochant notre arrêt d'une affaire un peu plus ancienne qui avait été soumise à la Cour européenne. Un journaliste, aujourd'hui homme politique, M. Mamère, avait été conduit, dans un débat télévisé consacré à l'affaire de Tchernobyl, à traiter un haut fonctionnaire de « sinistre personnage qui n'arrête pas de nous raconter que la France était tellement forte - le complexe d'Astérix - que le nuage de Tchernobyl n'avait pu franchir nos frontières ». Condamné pour complicité de diffamation, le directeur de la publication (la Société de Télévision France 2) l'étant de son côté comme auteur, M. Mamère ne dut son salut qu'à la Cour européenne : selon cette dernière, il est permis à une personne engagée dans un débat public d'intérêt général de tenir des propos quelque peu immodérés ou sarcastiques car la liberté d'expression 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 : ainsi le veut le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lequel il n'est pas de société démocratique (CEDH 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, § 19, D. 2007. Jur. 1704, note Marguénaud  ; RSC 2008. 140, obs. Marguénaud et Roets ). On retrouve la même formule que dans les arrêts strasbourgeois précités des 7 décembre 1976 et 23 septembre 1994 et dans une certaine mesure dans notre arrêt du 12 novembre 2008.

L'intérêt de l'affaire *Mamère c/ France* est que les propos tenus par celui-ci portaient sur un sujet d'intérêt général, celui de la protection de l'environnement et de la santé publique. Or, compte tenu de l'impact médiatique de la loi du 30 décembre 2004 précitée, le fait homosexuel se rapproche d'une question d'intérêt général. D'où l'application possible de la jurisprudence *Mamère* à l'affaire *Vanneste*. Dès lors le caractère choquant de certains propos ne saurait réduire la liberté d'expression.

Si donc le caractère d'intérêt général des propos tenus peut dilater le domaine de la liberté d'expression, en va-t-il de même lorsque le prévenu a la qualité de personne politique ?

2 - La Cour européenne considère que les limites admissibles de la liberté d'expression sont

reculées en faveur des hommes politiques. Ceux-ci sont donc mieux traités que les simples particuliers (CEDH 1<sup>er</sup> juill. 1997, *Oberschlik c/ Autriche*, n° 2, Rec. CEDH 1997-IV, § 29 ; RSC 1998. 389, obs. Koering-Joulin  ; JCP 1998. I. 107, n° 38, obs. Sudre ; *add e* 8 juill. 1986, *Lingens c/ Autriche*, série A, n° 103, § 42, RSC 1987. 269, obs. Pettiti et Teitgen ; Cah. dr. eur. 1988. 470, obs. Cohen-Jonathan). La raison d'être est que la mission des parlementaires est avant tout de défendre des idées. Il faut donc bien que les juristes leur en donnent les moyens et l'on peut citer dans cet esprit l'immunité parlementaire de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

Il faut cependant se demander si la solution de la chambre criminelle aurait été la même si le prévenu avait été une personne « ordinaire ». Dans son pourvoi, M. Vanneste avait invoqué l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur l'immunité parlementaire. Mais la chambre criminelle a justement rejeté le moyen car les propos incriminés étaient extérieurs (postérieurs) au débat parlementaire. En outre, la chambre criminelle n'évoque pas l'incidence de la qualité d'homme politique du prévenu sur l'étendue de la liberté d'expression. On peut en déduire qu'une personne « ordinaire » qui aurait tenu les mêmes propos aurait, elle aussi, échappé à la répression au nom de la liberté d'expression, au moins dans le cas précis qui avait été soumis à la chambre criminelle.

Finalement tout allait dans le sens d'une impossible condamnation de M. Vanneste. Droit européen et droit interne marchent du même pas dans cette affaire. On se félicitera de cet arrêt courageux car la liberté d'exprimer une idée doit inclure celle de critiquer des comportements (V. à titre général l'ouvrage collectif, *La liberté de critique, colloques et débats*, préf. J. Foyer, sous la dir. de D. Corrigan-Carsin, Litec, 2007).

**Mots clés :**

**PRESSE** \* Liberté de la presse \* Liberté d'expression \* Limite \* Limite admissible \* Interprétation étroite

**DROIT ET LIBERTE FONDAMENTAUX** \* Liberté d'expression \* Presse \* Limite admissible \* Interprétation étroite \* Homosexuel