

Mémoire critique sur le texte intitulé : Observations formulées par le gouvernement au Conseil Constitutionnel le 10 mai 2024 afin de le dissuader de répondre favorablement aux deux saisines visant à rejeter l'article 19 de la loi SREN introduisant le délit d'outrage en ligne.

Exposé des faits :

Un projet de loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique a été déposé sur le bureau du Sénat au nom du gouvernement par Bruno Lemaire le 10 mai 2023. Après un an de parcours législatif incluant des lectures successives, dépôts d'amendements multiples, examen en commission spéciale, et aller-retours entre l'assemblée nationale et le Sénat, une rédaction finale a été définitivement adoptée par l'assemblée nationale le 10 avril 2024.

Suite à ce vote, le Conseil constitutionnel a été saisi de deux recours d'au moins soixante députés contre la loi visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique (dite loi SREN). Ces recours visaient à dénoncer en inconstitutionnalité les articles 1^{er}, 2, 4, 5, 10, 17, 19, 23, 40, 41 et 42 de cette loi.

Suite à ces recours, le gouvernement a jugé nécessaire de communiquer au Conseil Constitutionnel ses propres arguments afin de contredire les arguments développés dans les deux saisines et tenter ainsi de convaincre le Conseil Constitutionnel de ne pas donner suite aux demandes de rejet qu'elles formulaient. Cette communication a pris la forme d'un document de 35 pages non signé et intitulé : *Observations du gouvernement sur la loi visant à sécuriser et à réguler l'espace numérique*.

Objet du présent mémoire :

Recours Constitution a pour vocation d'identifier et de dénoncer tout article d'un code juridique contenant une formulation contradictoire avec un ou plusieurs articles de la constitution. Conformément à cet objet, nous nous sommes intéressés au parcours législatif de la *loi visant à sécuriser et réguler l'espace numérique* (dite loi SREN). Cette mission nous amène aujourd'hui à commenter les arguments développés par le gouvernement pour défendre la constitutionnalité de ce cette loi sur les articles contestés, et plus particulièrement sur son article 19, créant le *délit d'outrage en ligne*, article non présent dans le texte du projet de loi initial, ajouté par le biais d'un amendement émanant de M. Loïc Hervé, rapporteur de la commission spéciale en charge de l'étude dudit projet de loi et finalement rejeté par le Conseil Constitutionnel pour motif d'inconstitutionnalité.

Ce mémoire s'est donné pour objet de faire une analyse critique objective des arguments que le gouvernement développe dans ce texte pour tenter de démontrer la bonne constitutionnalité de l'article 19. Cette analyse nous permettra ainsi de juger du niveau de compétence juridique des membres du gouvernement de la France, indépendamment de toute opinion subjective ou partisane. Car c'est sur le seul terrain du droit strict que nous nous situons afin de déterminer, de façon uniquement factuelle, si l'état de droit dans lequel nous sommes censés vivre est menacé ou non par ceux qui sont en charge du pouvoir. Nonobstant la question du niveau de confiance minimal qu'il semble loisible de conférer au Conseil Constitutionnel dans ce domaine, celle dévolue au personnel du pouvoir exécutif, mais également législatif, reste posée de façon beaucoup plus aigüe. Car nous ne pouvons nous empêcher de craindre que cet épisode avorté de l'outrage en ligne n'ait été, en réalité, qu'un ballon d'essai, avertissement sans frais et classé sans suite, mais qu'il soit prêt à réapparaître sous une forme améliorée, c'est à dire plus trompeuse, mais porteuse en contrepoint du **seul objectif manifestement poursuivi : celui de juguler la liberté d'expression.**

Contenu de l'article 19 de la loi SREN :

L'article 19 de la loi déferée insère dans le code pénal, après la section 4 du chapitre II du titre II du livre II, une section 4 *bis* intitulée « *De l'outrage en ligne* » qui comprend les articles 222-33-1-2 et 222-33-1-3.

L'article 222-33-1-2 punit de 3 750 euros d'amende et d'un an d'emprisonnement le fait, hors les cas prévus aux articles 222-17, 222-18, 222-33-1-1 et 222-33-2 à 222-33-2-3 du code pénal et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, de diffuser en ligne tout contenu qui **soit porte atteinte à la dignité d'une personne ou présente à son égard un caractère injurieux, dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.**

Est considéré comme diffusé en ligne au sens de ces dispositions tout contenu transmis au moyen d'un service de plate-forme en ligne défini au 4 du I de l'article 6 de la LCEN, d'un service de réseaux sociaux en ligne ou d'un service de plate-formes de partage de vidéo au sens du règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques).

Les personnes reconnues coupables du délit d'outrage en ligne encourent, notamment, la peine complémentaire d'interdiction d'utiliser un compte d'accès à un service en ligne, pour une durée de six mois au plus.

L'article 222-33-1-3 du code pénal porte la peine d'amende encourue à 7 500 euros, la peine d'emprisonnement n'étant pas, en revanche, aggravée, lorsque l'infraction d'outrage en ligne est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, sur un mineur, sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur, sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur, par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice, en raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, vraie ou supposée, de la victime ou par une personne qui commet la même infraction en état de récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11 du code pénal.

L'action publique peut être éteinte, dans les conditions prévues aux articles 495-17 à 495-25 du code de procédure pénale, par le versement d'une amende forfaitaire. Cette amende est, pour le délit prévu à l'article 222-33-1-2, d'un montant de 300 euros, le montant de l'amende forfaitaire minorée étant de 250 euros et le montant de l'amende forfaitaire majorée de 600 euros. L'amende forfaitaire est, pour le délit prévu à l'article 222-33-1-3, de 600 euros, le montant de l'amende forfaitaire minorée étant de 500 euros et le montant de l'amende forfaitaire majorée de 1 200 euros.

Discussion :

Après avoir rappelé en des termes tout à fait exacts le contenu de la loi ci-dessus, le gouvernement énumère les principaux griefs, développés dans les deux saisines, qu'il prétend écarter, à savoir :

1. ces dispositions ne présentent aucun lien, au sens du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, avec le projet de loi initial.
2. ces dispositions sont énoncées en termes flous, obscurs ou ambigus ce qui entraîne que l'appréciation du contenu constitutif de l'outrage en ligne serait nécessairement empreinte de subjectivité
3. ces dispositions méconnaissent l'exigence constitutionnelle de nécessité requise pour toute atteinte portée par le législateur à l'exercice de la liberté d'expression et de communication.
4. ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines
5. ces dispositions méconnaissent le principe d'égalité devant la justice.
6. ces dispositions méconnaissent le principe général de respect de la liberté d'expression et de communication garantie par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
7. ces dispositions utilisent abusivement le dispositif de l'amende forfaitaire délictuelle (AFD)

1 - A propos de l'existence d'un lien, au sens du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, avec le projet de loi initial.

L'article 19 de la loi déferée est issu d'un amendement n° 134 présenté le 4 juillet 2023 par M. Loïc Hervé, sénateur, au nom de la commission spéciale saisie du projet de loi, adopté par le Sénat avec l'avis défavorable du Gouvernement, supprimé par l'Assemblée nationale avec un avis de sagesse du Gouvernement puis rétabli dans la rédaction du Sénat par la commission mixte paritaire.

Le gouvernement prétend que cet amendement n°134 (devenu article 19) : *« présente un lien avec l'article 5 du projet de loi qui rétablissait, dans le code pénal, un article 131-35-1, afin de prévoir que le juge peut ordonner à titre de peine complémentaire la suspension, à titre temporaire, du compte d'accès au service de plate-forme en ligne utilisé pour commettre certains délits décrits dans l'exposé des motifs comme des « faits de haine en ligne » et « de cyber-harcèlement », comprenant les délits de harcèlement moral et harcèlement sexuel ».*

==> Commentaire de Recours Constitution :

L'argumentation du gouvernement sera rejetée pour deux raisons :

1/ Absence de démonstration de l'existence du lien : le gouvernement se contente de **dire** que l'amendement n°134 présente un lien avec l'article 5 du projet de loi initial sans même chercher à **démontrer** pourquoi, ni en apporter la moindre preuve.

2/ Mauvaise interprétation de l'article 5 : une lecture attentive de l'article 5 cité par le gouvernement comme présentant un lien avec l'amendement n°134 révèle, au contraire, qu'il n'en présente aucun. En effet, la suspension d'un compte d'accès ne peut être comparée à la pénalisation de son auteur, en terme d'emprisonnement notamment tel que prévu dans l'amendement considéré. De plus, l'article 5 s'attache à pénaliser des délits de **harcèlement moral et sexuel** qui n'ont rien à voir avec le délit d'outrage en ligne tel qu'il est défini dans l'amendement n°134. Enfin, et ce dernier point nous paraît sceller l'irrecevabilité de l'argumentation du gouvernement, l'article 5 de la loi SREN n'est contesté sur le fond par aucune des deux saisines, ce qui porte la marque qu'il n'est pas lié à l'amendement n°134.

2 – A propos du caractère flou, obscur ou ambigu des termes employés pour caractériser le délit d'outrage en ligne

Le gouvernement rappelle à juste titre l'obligation faite au législateur de fixer le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire en citant notamment la décision n° 2021-933 QPC du 30 septembre 2021, paragr. 3., mais il considère qu' *« en l'espèce et contrairement à ce qui est soutenu, le législateur n'a pas retenu des termes flous, obscurs ou ambigus pour définir les éléments constitutifs du délit d'outrage en ligne qu'il a estimé nécessaire de créer en se référant à tout contenu qui soit porte atteinte à la dignité d'une personne ou présente à son égard un caractère injurieux, dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ».*

A l'appui de cette affirmation, le gouvernement propose l'argumentation suivante : *« les termes caractérisant le délit ne diffèrent pas de ceux figurant au premier alinéa du paragraphe I de l'article 222-33-1-1 du code pénal qui incrimine le délit d'outrage sexiste et sexuel. Or cette infraction a été créée par l'article 14 de la loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur, que vous (le Conseil Constitutionnel) avez déclaré conforme à la Constitution par votre décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023 ».*

==> **Commentaire de Recours constitution :**

Cette argumentation est manifestement empreinte de mauvaise foi dans la mesure où l'article cité précise la nécessité du comportement sexiste ou sexuel et l'assorti de huit conditions. Or, il apparaît que dans l'article 19 :

- le caractère sexiste ou sexuel n'est pas indiqué
- les huit conditions n'existent qu'en tant que facteur aggravant du délit, et non pour le caractériser

S'il est exact que le Conseil Constitutionnel a validé l'article 222-33-1-1 du code pénal et qu'il convient d'en conclure que la définition de l'infraction a été jugée suffisamment claire pour être actée conforme à la constitution, il apparaît, par contre, qu'après examen attentif du libellé de l'article 222-33-1-1 la caractérisation principale du délit est « *d'imposer à une personne tout propos ou tout comportement à connotation sexuelle ou sexiste* », les termes jugés « similaires » par le gouvernement ne venant qu'appuyer la caractérisation principale qui sera ainsi jugée « *porter atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créer à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante lorsqu'il aura été commis dans au moins l'un de huit cas suivants* » :

1° *Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*

2° *Sur un mineur ;*

3° *Sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse est apparente ou connue de son auteur ;*

4° *Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ;*

5° *Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;*

6° *Dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou au transport public particulier ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;*

7° *En raison de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre, vraie ou supposée, de la victime ;*

8° *Par une personne déjà condamnée pour la contravention d'outrage sexiste et sexuel et qui commet la même infraction en étant en état de récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11.*

La comparaison de l'article 19 de la loi SREN avec l'article 222-33-1-1 du code pénal apparaît donc particulièrement infondée pour deux raisons :

1 - La caractérisation principale du délit diffère sur le fond, à savoir le fait d'imposer un propos dans le cas de l'article 222-33-1-1 du code pénal, contre le fait de diffuser sur internet un propos dans le cas de l'article 19 de la loi SREN,

2 - Les huit conditions afférentes jouent un rôle tout à fait distinct, à savoir un complément de caractérisation du délit dans le cas de l'article 222-33-1-1 du code pénal, contre un simple facteur aggravant dans le cas de l'article 19 de la loi SREN

Après cette argumentation juridictionnelle peu convaincante, le gouvernement entreprend ensuite de développer une argumentation traitant du comportement putatif des magistrats en 2 points :

1. « *Eu égard à la jurisprudence constante de la Cour de cassation en cette matière, il est toutefois raisonnable de penser qu'il leur appartiendra d'apprécier de manière abstraite le caractère attentatoire à la dignité de la victime de l'outrage, le caractère injurieux, dégradant ou humiliant ou la création d'une situation intimidante, hostile ou offensante, c'est-à-dire sans tenir compte de la conception que chacun se fait de sa propre dignité ou de la perception que chacun peut avoir de sa propre situation.* »
2. « *La Cour de cassation juge constamment, en effet, que le « caractère diffamatoire des imputations » se détermine exclusivement par la nature des faits allégués » (Crim., 15 octobre 1985, n° 84-91.598 Bull. crim. 1985 n° 314 ; Crim., 30 mars 2016, n° 15-80.719 ; Crim., 19 juin 2018, n° 17-82.526), c'est-à-dire de manière objective, sans tenir compte ni de la manière dont le propos est perçu par le destinataire du message ou du propos, ni du but auquel ces imputations tendent ou du mobile de l'auteur (Crim., 4 novembre 1993, n° 89-86.094) »*

==> Commentaire de Recours Constitution :

Au niveau des principes, le pronostic en forme d'affirmation émis par le gouvernement dans le point 1 laisse d'être inquiétant car il préjuge de la façon dont les juges eux-mêmes apprécieront le caractère attentatoire du propos incriminé.

Quant aux éléments exposés dans le point 2 censés apporter la preuve que le pronostic subjectif exposé dans le point 1 se vérifie par la consultation de la jurisprudence en la matière, il s'avère que ceux-ci ne relèvent précisément pas de la même matière, en ce sens qu'ils se rapportent tous à des affaires instruites dans le cadre d'une plainte en **diffamation**.

Autrement dit, la jurisprudence invoquée pour affirmer que les juges doivent se déterminer uniquement par la nature des faits sans tenir compte de la manière dont le propos peut être perçu par le destinataire ne concerne pas de délit d'outrage en ligne tel qu'il est caractérisé dans l'article 19 de la loi SREN.

Cette argumentation gouvernementale apparaît sans rapport avec la question de la caractérisation du délit d'outrage puisqu'elle ne concerne que les actes de diffamation. De plus, le fait que les juges ne s'attachent pas à débusquer le but de l'auteur ni à évaluer la hauteur du désagrément subi par le destinataire n'apporte pas de réponse à la question de savoir si les juges ont tablé sur des *termes flous, obscurs ou ambigus pour définir les éléments constitutifs du délit*, question centrale de ce deuxième chapitre.

Dans ces conditions, il apparaît que la méthode rhétorique utilisée par le gouvernement pour réfuter le grief en question procède d'un amalgame fallacieux entre outrage et diffamation, débouchant sur une interprétation gratuite (pour ne pas dire pour ne pas dire mensongère) des éléments de jurisprudence invoqués. En bref, la qualification de sophisme sera retenue contre cette argumentation gouvernementale.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci : « *Pour répondre aux interrogations formulées par le Conseil constitutionnel, seront notamment susceptibles de constituer un outrage en ligne des insultes ou des remarques grossières (« connard », « conne »), des jeux de mots outrageants (Crim., 21 juin 2016, pourvoi n° 15-82.529 s'agissant de propos tenus sur un blog détournant un slogan publicitaire pour présenter l'AFER comme l'épargne « qu'on fiente ») ou des images ou vidéos représentant des personnes dans des situations dégradantes ou humiliantes.* »

==> Commentaire de Recours Constitution :

Nous ne saisissons pas la pertinence de ce paragraphe ni son rapport avec le rejet supposé des griefs émis par les saisines. Le texte du gouvernement fait allusion à de prétendues interrogations formulées par le Conseil constitutionnel (...*pour répondre aux interrogations formulées du Conseil Constitutionnel...*) qui semblent bien ne jamais avoir existé à défaut d'en apporter la preuve comme il convient de le faire dans un mémoire juridique de cette nature. De plus, le gouvernement se permet de donner des conseils aux magistrats sur la façon d'interpréter un outrage en ligne ce qui est naturellement hors de propos dans ces observations à l'adresse du Conseil Constitutionnel dont le seul rôle est de vérifier la conformité d'un texte de loi avec la constitution et pas de conjecturer sur le comportement putatif des magistrats. Ce paragraphe témoigne sans contredit d'une grave incompétence juridique de la part du rédacteur gouvernemental et ne laisse pas d'inquiéter sur sa propension à s'affranchir du principe de la séparation des pouvoirs, témoignant ainsi de l'intrusion fréquente du pouvoir exécutif au sein des pouvoirs législatif et judiciaire.

Plus loin encore, le texte gouvernemental dit ceci : « *Enfin, le législateur pouvait prévoir, au 2° de l'article 222-33-1-3 du code pénal, que la peine d'amende est aggravée lorsque l'outrage en ligne est commis « sur un mineur », sans avoir à préciser que cette qualité doit être connue de l'auteur des faits. Cette condition est en effet systématiquement vérifiée par les tribunaux, qui s'assurent que l'auteur n'a pu se méprendre sur l'âge de la victime, en relevant, par exemple, que sa minorité ressortait à l'évidence de son apparence physique (Crim., 29 mars 2006, n° 05-81.003).* »

==> Commentaire de Recours Constitution :

Cette observation est sans rapport avec aucun des griefs avancés par les saisines et témoigne d'un autre genre d'incompétence du rédacteur gouvernemental : celle d'être hors sujet.

3 – A propos de la méconnaissance de l'exigence constitutionnelle de nécessité requise pour toute atteinte portée par le législateur à l'exercice de la liberté d'expression et de communication.

Afin de convaincre le Conseil constitutionnel que l'article 19 a été rédigé en méconnaissance de cette exigence, la saisine du RN rappelle en ces termes les conditions dans lesquelles cette exigence peut être requise :

Ainsi qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de nécessité, les incriminations constitutives d'une atteinte à la liberté d'expression et de communication, lorsqu'elles répriment des mêmes peines des faits présentant les mêmes caractéristiques (CC, 26 janvier 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, paragr. 195).

Et ne satisfont pas davantage à cette même exigence, des dispositions qui poursuivent un objectif déjà couvert d'une façon suffisante par des dispositions existantes (CC, 15 décembre 2017, n° 2017-682, N. David P., paragr. 13 ; CC, 10 février 2017, n° 2016-611 QPC, N. David P., paragr. 13), a fortiori lorsque celles-ci portent une atteinte moindre à la liberté d'expression et de communication.

De même, il est enseigné que : »Le contrôle de la nécessité de la mesure suppose [...] qu'aucune mesure moins attentatoire à la liberté concernée ne puisse permettre d'atteindre l'objectif visé (Goessel - LeBihan, Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques, Jus Politicum, n° 7, 2012, p. 10).

Face à ce rappel peu contestable, le gouvernement va tenter de démontrer que l'article 19 satisfait bien à l'exigence constitutionnelle de nécessité en disant ceci :

« Au cas présent, le législateur n'a opéré aucune confusion entre les dispositions de l'article 222-33-1-2 du code pénal et celles des articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui prévoient et répriment respectivement les délits de diffamation et d'injure publique, étant rappelé que l'article 29 de cette loi définit la diffamation comme toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé, et l'injure comme toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. »

==> Commentaire de Recours Constitution :

Ce paragraphe ne mentionne pas l'outrage en ligne. Il est donc hors sujet.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

Il est tout d'abord observé qu'il résulte des termes mêmes des dispositions contestées que le délit d'outrage en ligne ne peut s'appliquer qu'en dehors des cas où les faits sont constitutifs du délit d'injure à caractère discriminatoire, prévu aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881, qui stipule que :

1. L'injure commise par les mêmes moyens envers les corps ou les personnes désignés par les articles 30 et 31 de la présente loi sera punie d'une amende de 12 000 euros et d'une peine de travail d'intérêt général.
2. L'injure commise de la même manière envers les particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocations, sera punie d'une amende de 12 000 euros.
3. Sera punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende l'injure (c'est à dire telle que définie par l'article 29 ainsi : Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure

– *rappel de RC*) commise par les mêmes moyens envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

4. Sera punie des peines prévues à l'alinéa précédent l'injure commise dans les mêmes conditions envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap.
5. Lorsque les faits mentionnés aux troisième et quatrième alinéas du présent article sont commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Ces exclusions n'étant pas contestées par les saisines, ce rappel est donc sans objet.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

Il convient ensuite de souligner que le délit d'outrage prévu à l'article 222-33-1-2 du code pénal, s'il réprime un contenu « diffusé en ligne », ne suppose pas que soit satisfaite la condition de publicité exigée par la loi sur la liberté de la presse. Le critère retenu par le législateur n'est pas le caractère public de l'outrage mais bien sa diffusion « en ligne », s'agirait-il de propos tenus dans le cadre d'échanges privés sur un réseau social.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Cette précision n'étant pas contestée par les saisines, ce rappel est donc sans objet.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

En outre, la jurisprudence pénale, mais aussi, désormais, votre propre jurisprudence (décision n° 2021-896 QPC du 9 avril 2021, paragr. 14), retiennent que les infractions d'injure et d'outrage obéissent à des logiques différentes, l'outrage n'étant constitué que s'il est directement adressé à la personne outragée ou, dans le cas où cette dernière est absente, s'il est établi que l'auteur des propos a voulu qu'ils lui soient rapportés par une personne présente.

==> Commentaire de Recours Constitution :

La distinction entre « outrage » et « injure » est effectivement délimitée par la loi, notamment par l'article 433-5 stipulant que : « Constituent un outrage puni de 7 500 euros d'amende les paroles, gestes ou menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie. Lorsqu'il est adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique, l'outrage est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Lorsqu'il est adressé à une personne chargée d'une mission de service public et que les faits ont été commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif, ou, à l'occasion des entrées ou sorties des élèves, aux abords d'un tel établissement, l'outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7.500 euros d'amende. ». Mais cette différenciation ne concerne que les agents de l'Etat alors que la loi reste muette concernant les particuliers. Dès lors il est loisible de considérer que l'injure et l'outrage ne sont pas clairement distingués lorsque les éléments constitutifs concernent un particulier. De plus, et comme le souligne très justement les saisines, les termes employés pour définir de l'outrage en ligne dans l'article 19 contesté établissent une confusion avec notamment le délit de harcèlement moral (article 222-33-2 à 222-33-2-3 du code pénal) qui recouvrent notamment les propos répétés tenus en ligne, ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie se traduisant par une altération de la santé physique ou mentale, le délit de harcèlement sexuel (article 222-33 du code pénal) qui recouvre notamment les propos à connotation sexuelle ou sexiste répétés tenus en ligne, qui portent atteinte à la dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, ou créent une situation intimidante, hostile ou offensante, le délit de menaces (article 222-17 du code pénal) qui recouvre notamment les propos tenus en ligne menaçant de la commission d'un crime ou d'un délit, le délit de violences (articles 222-7 et suivants du code pénal) qui recouvre notamment les propos tenus

en ligne portant atteinte à l'intégrité psychologique, le délit d'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée (article 226-1 du code pénal) qui recouvre notamment les propos, photographies ou localisation d'une personne, publiés en ligne sans le consentement de cette dernière, le délit d'**injure**(article 33 de la Loi du 29 juillet 1881) qui recouvre notamment les injures proférées en ligne (ce délit n'étant distingué par la loi de l'outrage que dans le cas où le destinataire est un agent de l'état), et, enfin, le délit de **diffamation** (article 29 de la Loi du 29 juillet 1881) qui recouvre notamment les allégations **ou imputations** émises en ligne d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération, délit le plus couramment assimilé à l'outrage au sein-même du texte gouvernemental.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci : :

Le législateur n'a pas davantage opéré de confusion entre les dispositions de l'article 222-33-1-2 du code pénal et celles de l'article 222-33-1-1 du même code, qui incrimine l'outrage sexiste et sexuel, dès lors qu'il a expressément prévu, au paragraphe I de l'article 222-33-1-2, que le délit d'outrage en ligne n'était susceptible d'être poursuivi qu'en dehors du cas prévu à l'article 222-22-1-1. En outre, à la différence de l'outrage en ligne, le délit d'outrage sexiste et sexuel permet de réprimer, au-delà de propos ou de messages, un certain nombre de comportements.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Le paragraphe I de l'article 222-33-1-2 contesté dit ceci : « Est puni de 3 750 euros d'amende et d'un an d'emprisonnement le fait, hors les cas prévus aux articles 222-17, 222-18, 222-33-1 et 222-33-2 à 222-33-2-3 du présent code et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ». Il apparaît que ce paragraphe ne mentionne pas l'article 222-22-1-1 qui, par ailleurs n'existe pas dans le code pénal, l'article 222-22 réprimant quant à lui les délits d'agression sexuelle et de viol. Cette observation du gouvernement est donc sans objet car fondée sur une méconnaissance avérée du code pénal

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci : :

Enfin, de la même manière, les dispositions contestées n'opèrent pas de confusion entre l'incrimination qu'elles définissent et celle de violences volontaires, prévue par les articles 222-13 et suivants du code pénal. Le délit d'outrage en ligne se distingue en effet du délit de violences qui a pour objet d'appréhender les atteintes volontaires à l'intégrité, physique ou psychologique de la victime, et qui est une infraction matérielle, nécessitant la survenance d'un résultat pour être constituée. Si le champ d'application de ces deux infractions peut se recouper, notamment concernant les violences psychologiques, il n'est pas pour autant identique. A la différence de l'outrage en ligne, les violences psychologiques peuvent notamment résulter de comportements.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Le délit d'outrage en ligne se distingue nettement du délit de violence dans le cas de l'atteinte volontaire à l'intégrité physique de la personne, mais beaucoup moins nettement dans celui de l'atteinte à l'intégrité psychologique, cas notamment pointé par les saisines et pour lequel les éléments constitutifs de la différenciation ne sont pas clairement établis par loi. De ce point de vue, l'affirmation du gouvernement que : « *Si le champ d'application de ces deux infractions peut se recouper dans le cas des violences psychologiques, il n'est pas pour autant identique* », apparaît sans valeur à défaut d'une argumentation solide dont l'affirmation du simple truisme que « *les violences psychologiques peuvent notamment résulter de comportements* » ne saurait étayer.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

En tout état de cause, il est rappelé qu'à supposer même qu'un fait unique puisse relever de deux qualifications pénales distinctes et aboutir ainsi à un cumul idéal d'infractions ou à un concours de qualifications, une telle situation se règle conformément aux solutions définies par la jurisprudence,

telles qu'elles ont été précisées, en dernier lieu, par un arrêt du 15 décembre 2021 de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim., 15 déc. 2021, n° 21-81.864, au Bulletin). Il n'existe donc pas de risque avéré que deux individus puissent être condamnés pour des mêmes faits à des peines de nature différente.

==> **Commentaire de Recours Constitution :**

Dans cet arrêt, le paragraphe 14 de la réponse de la Cour indique effectivement que : « Afin de rationaliser le droit applicable, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes » ce qui justifie l'assertion du gouvernement que : « Il n'existe pas de risque avéré que deux individus puissent être condamnés pour des mêmes faits à des peines de nature différente », mais qui n'invalide en rien le grief de méconnaissance de l'exigence de nécessité soulevé par les saisines, le fond de la question étant que la création d'une incrimination nouvelle pour une infraction déjà existante méconnaît l'exigence constitutionnelle de nécessité, et par conséquent doit être rejetée et non pas d'être rassuré par le fait que le contrevenant ne sera pas poursuivi deux fois pour le même motif. De ce point de vue, cette technique rhétorique du texte gouvernemental s'apparente plus à celle du contre-feu juridique qu'à celle de l'argumentation contradictoire rigoureusement centrée sur son sujet.

4 - A propos du respect du principe de légalité des délits et des peines

==> **Commentaire de Recours constitution :**

Bien qu'ayant énoncé dans son préambule que le grief de non compatibilité de l'article 19 avec le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines développé dans deux saisines ne devait pas être retenu par le Conseil Constitutionnel, le texte gouvernemental n'apporte aucun argument à l'appui de cette demande, s'exposant ainsi, après avoir été convaincu d'incompréhension du sujet pour le chapitre 2, à la critique d'inconséquence pour le présent chapitre.

5 - A propos du respect du principe d'égalité devant la justice

En guise de contre-argumentation à l'assertion que l'article 19 méconnaisse le principe d'égalité devant la justice fondé sur l'article 6 de la Déclaration de 1789 stipulant que « *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* », le texte gouvernemental avance que « *le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente* », en se référant à la décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, relative à une demande de récusation de la loi d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur indiquant au paragraphe 56 qu' « *aux termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse mais que le principe d'égalité devant la loi pénale ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente* ».

==> **Commentaire de Recours Constitution :**

Les saisines (notamment celle du RN) ne soutiennent la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice pénale **que** dans le but de contester la légalité de l'amende forfaitaire, tout en reconnaissant par ailleurs que *le législateur peut prévoir des règles de procédures différentes selon les faits les situations ou les personnes, à condition toutefois que ce distinction ne procèdent pas de différenciations injustifiées et que soit assurée aux justiciables des garanties égales*. Or, en l'espèce un agissement présumé d'outrage en ligne porté devant un tribunal et un même agissement présumé d'outrage en ligne traité par la biais d'une amende forfaitaire sont tous deux de même nature en tant qu'agissement et ne rentrent donc pas dans le cadre de la possibilité évoquée pour le législateur de prévoir des règles de procédures différentes. L'argument développé par le texte gouvernemental n'apporte donc aucun élément tangible permettant de rejeter les griefs de la saisine considérée.

6 – A propos de l'atteinte à la liberté d'expression et de communication garantie par la DDHC

Le texte gouvernemental dit ceci :

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant : / (...) les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer. Il lui est également loisible, à ce titre, d'instituer des incriminations réprimant les abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, paragr. 5 ; décision n° 2022-841 DC du 13 août 2022, paragr. 9).

Après ce rappel non contestable de deux décisions du Conseil constitutionnel, le texte gouvernemental tire les conclusions suivantes :

Il résulte des travaux préparatoires à l'adoption des dispositions contestées, notamment de l'exposé des motifs de l'amendement dont elles sont issues, que le législateur a entendu lutter contre des faits de « harcèlement en ligne » qui constituent des abus de la liberté d'expression et de communication et portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Il a donc poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de sauvegarde de la dignité humaine.

==> **Commentaire de Recours Constitution :**

Nous rappellerons l'exposé des motifs de l'amendement ayant présidé à la création de l'article 19 : « Nos auditions ont montré les limites de la réponse pénale classique contre le harcèlement en ligne. Le cyberharcèlement n'a pas de définition autonome : il est couvert par les infractions existantes de harcèlement. Pourtant, ces faits sont graves et passibles de lourdes peines. Nous proposons la création d'un délit d'outrage en ligne, pouvant faire l'objet d'une amende forfaitaire délictuelle. Cette nouvelle infraction porterait sur la diffusion de contenus portant atteinte à la dignité d'une personne. Elle serait passible d'une amende de 3 750 euros et d'un an d'emprisonnement ou d'une amende forfaitaire délictuelle de 300 euros - et, sous sa forme aggravée, d'une amende de 7 500 euros. »

L'étude attentive des motifs de l'amendement montre que l'auteur (M. Loïc Hervé) se base exclusivement sur une supposée insuffisance de réponse pénale au délit qu'il juge également insuffisamment caractérisé de cyberharcèlement pour créer le délit d'outrage en ligne. Le fait d'affirmer, comme le fait le texte gouvernemental que M. Loïc Hervé s'est fondé sur l'abus de liberté d'expression pour restreindre cette même liberté, ainsi que l'article 11 de la DDHC le lui permet est pure spéculation.

Par ailleurs la cause première de « trouble à l'ordre public » pour justifier de l'abus de liberté ne semble pas être celle qui prévaut dans le cas de la diffusion de propos dits outrageants, sous réserve naturellement d'en apporter la preuve, ce ne fait pas le texte gouvernemental.

Enfin, la cause de « sauvegarde de la dignité humaine » citée comme faisant partie des objectifs à valeur constitutionnelle (OVC) doit être écartée pour la simple raison qu'elle ne fait pas partie des OVC et que le texte gouvernemental doit être blâmé pour cette erreur indigne de la part des plus hauts dignitaires de l'état.

Liste au 01/01/2022 des objectifs de valeur constitutionnelle :

- sauvegarde de l'ordre public,
- respect de la liberté d'autrui,

- préservation du pluralisme des courants d'expression socioculturels,
- transparence financière des entreprises de presse,
- protection de la santé publique,
- recherche des auteurs d'infractions,
- lutte contre la fraude fiscale,
- possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent,
- accessibilité et intelligibilité de la loi,
- équilibre financier de la Sécurité Sociale,
- égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives,
- égalité entre les collectivités territoriales,
- protection de l'environnement.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

S'agissant de la nécessité de l'infraction qu'il a créée, les mêmes travaux parlementaires soulignent que les infractions existantes ne permettent pas toujours, compte tenu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, de saisir les comportements que le législateur a entendu réprimer et, par la même occasion, dissuader. En particulier, il a pris acte de ce que la caractérisation du délit de harcèlement impliquait de démontrer la répétition de propos ou de comportements ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de vie de la victime, se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Il ne fait nul doute que l'amendement avait pour objectif de rendre plus facile l'incrimination en tant que délit d'un propos perçu comme désagréable par son destinataire, mais la question n'est pas là car elle est plutôt de savoir si cette incrimination est compatible avec l'exercice des libertés que la constitution garantit.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

L'atteinte que les dispositions contestées portent à la liberté d'expression et de communication n'est pas, pour le reste, inadaptée ou disproportionnée, eu égard à la définition claire et précise, quoique large, des agissements visés et compte tenu de l'appréciation abstraite et objective qu'il reviendra à l'autorité judiciaire de porter sur les éléments constitutifs de l'infraction.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Cette conclusion est à l'image du texte tout entier qui, le plus souvent, fonde ses arguments sur de simples affirmations exemptes de démonstration, voire sans rapport avec le sujet. Le caractère amphigourique de ce dernier paragraphe nous laisse dans l'incertitude de sa signification profonde, s'il en a une, autre que celle d'affirmer que finalement tout va bien et que même si la loi n'est pas claire, il reviendra aux juges d'apprécier objectivement des éléments abstraits afin de constituer l'éventuelle infraction.

7 – A propos du recours abusif à l'amende forfaitaire délictuelle (AFD)

Le texte gouvernemental dit ceci :

En cinquième lieu, il résulte des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 que, si le législateur peut prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant aux conditions d'extinction de l'action publique (décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, cons. 137). La procédure de l'amende forfaitaire délictuelle a pour conséquence que, selon le choix de poursuite de l'infraction par le biais de cette procédure ou d'une autre voie de poursuite pouvant le cas échéant mener à une condamnation à une peine d'emprisonnement, l'action publique relative à la commission d'un délit sera éteinte ou non, par le seul paiement de l'amende, sans l'intervention d'une autorité juridictionnelle (décision n° 2022-

846 DC du 19 janvier 2023, cons. 138). D'une part, il découle du principe d'égalité devant la justice que, si les exigences d'une bonne administration de la justice et d'une répression effective des infractions sont susceptibles de justifier le recours à de tels modes d'extinction de l'action publique en dehors de toute décision juridictionnelle, ce n'est qu'à la condition de porter sur les délits punis d'une peine d'emprisonnement qui ne peut être supérieure à trois ans, dont les éléments constitutifs peuvent être aisément constatés, et de ne mettre en œuvre que des peines d'amendes de faible montant (décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, cons. 139). D'autre part, il découle du principe d'égalité devant la loi pénale que, en raison de l'application du mécanisme du plancher d'amende prévu à l'article 495-21 du code de procédure pénale, la procédure d'amende forfaitaire délictuelle ne saurait s'appliquer à des délits dont le montant de l'amende forfaitaire est supérieur à la moitié du plafond prévu en matière d'amendes forfaitaires délictuelles par le premier alinéa de l'article 495-17 du code de procédure pénale (décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, cons. 140).

==> Commentaire de Recours Constitution :

Il ressort de ce rappel des dispositions législatives que la procédure d'amende forfaitaire ne peut s'appliquer que pour des délits dont les éléments constitutifs peuvent être aisément constatés, ce qui n'est pas le cas de l'outrage en ligne, charge au gouvernement démontrer le contraire, ce qu'il ne fait pas dans ce paragraphe.

Plus loin, le texte gouvernemental dit ceci :

En l'espèce, il était loisible au législateur de prévoir que le délit d'outrage en ligne était susceptible d'être sanctionné d'une amende forfaitaire. Ce délit est en effet réprimé d'une peine d'emprisonnement inférieure à trois ans. Les amendes forfaitaires mentionnées au paragraphe II de l'article 222-33-1-2 du code pénal et au paragraphe II de l'article 222-33-1-3 de ce code sont par ailleurs de faible montant. Enfin, il est des cas dans lesquels les éléments constitutifs du délit peuvent être aisément constatés et dans lesquels l'infraction pourrait d'ailleurs être reconnue par l'auteur des faits. Il va de soi que, dans les autres cas, les voies de poursuite de droit commun devront être privilégiées, alors que le recours à la procédure de l'amende forfaitaire ne constitue jamais une obligation, mais seulement une faculté.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Le gouvernement se contente de rappeler ici les textes de loi existants sans contester les griefs exposés par les saisines relatifs plus précisément à la méconnaissance du principe d'égalité devant la justice, à savoir que la disposition contestée revient à habiliter les forces de l'ordre, en dehors de toute procédure judiciaire contradictoire, à apprécier la caractérisation du délit. De plus il est une réalité que depuis 2018, la Défenseure des droits a été saisie de nombreuses réclamations relatives à la procédure de l'amende forfaitaire délictuelle (AFD) : respect des droits des usagers, difficulté de contester l'amende et qu'elle a même publié, le 31 mai 2023, une décision recommandant d'y mettre fin.

Enfin, le texte gouvernemental se termine ainsi :

Le Gouvernement observe à cet égard que, dans votre décision n° 2022-846 DC du 19 janvier 2023, alors que l'article 14 de la loi d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur qui vous était déférée prévoyait que le nouveau délit d'outrage sexiste et sexuel était susceptible d'être sanctionné d'une amende forfaitaire, vous n'avez pas relevé la contrariété à la Constitution de ces dispositions.

==> Commentaire de Recours Constitution :

Fidèle à son habitude, le gouvernement amalgame deux éléments distincts en assimilant le délit d'outrage en ligne à celui d'outrage sexiste et sexuel, stratagème que nous avons plusieurs fois dénoncé dans ce mémoire critique.