



Commentaire

Décision 2021-896 QPC du 9 avril 2021

M. Alain P.

(Infractions d'outrage et d'injure publique)

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 janvier 2021 par la chambre criminelle de la Cour de cassation (arrêt n° 148 du 12 janvier 2021) d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par M. Alain P. portant sur l'article 433-5 du code pénal et les articles 29, 30, 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Dans sa décision n° 2021-896 du 9 avril 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les deux premiers alinéas de l'article 433-5 du code pénal, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique.

I. – Les dispositions contestées

A. – Historique et objet des dispositions contestées

1. – Le délit d'outrage (article 433-5 du code pénal)

* Le délit d'outrage à agent public ou dépositaire de l'autorité publique existait déjà dans le code pénal de 1810 (à côté d'une infraction spécifique d'outrage à magistrat ou juré¹). Citant la définition du professeur Vouin, Vincent Delbos le définit comme « *toute expression dont la signification menaçante, diffamatoire ou injurieuse, est propre à diminuer l'autorité morale de la personne investie d'une des fonctions de caractère public définies par la loi* »².

Ce délit trouve une réplique dans le délit plus spécifique d'outrage à magistrat, prévu par l'article 434-25 du code pénal, qui obéit au même régime juridique³.

¹ Aujourd'hui prévue à l'article 434-24 du code pénal.

² Vincent Delbos, « Outrage pénal », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2013 (actualisation : Juillet 2018), § 2.

³ Aux termes de cet article : « *L'outrage par paroles, gestes ou menaces, par écrits ou images de toute nature non rendus publics ou par l'envoi d'objets quelconques adressé à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice et tendant à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont il est investi est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. / Si l'outrage a lieu à l'audience d'une cour, d'un tribunal ou d'une formation juridictionnelle, la peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende* ».

a. – Les éléments constitutifs du délit

Les éléments constitutifs de l'outrage prévu à l'article 433-5 du code pénal se caractérisent par cinq composantes. Les quatre premières participent de la matérialité de l'infraction, la dernière de son élément moral.

* La première composante matérielle a trait aux personnes visées par l'outrage. Seules certaines fonctions sont protégées à ce titre : celles des personnes chargées d'une mission de service public ou celles des personnes dépositaires de l'autorité publique. Les secondes se distinguent des premières en ce qu'elles disposent d'un pouvoir de décision ou de contrainte sur les individus. Entrent dans cette catégorie les titulaires de fonctions exécutives, comme les maires ou les préfets, ou bien les représentants des forces de l'ordre, comme les policiers ou les gendarmes.

La deuxième composante, corollaire de la première, est que l'outrage doit être commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions de la personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique. Il appartient à cet égard aux juridictions de spécifier les circonstances de nature à établir que l'outrage a bien été commis dans ces conditions⁴.

La troisième composante de l'élément matériel tient à la nature du propos outrageant. D'une part, l'outrage doit passer par des « *paroles, gestes ou menaces, [de]s écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconque* ». D'autre part, le propos doit être « *de nature à porter atteinte à [l]a dignité ou au respect dû à la fonction dont [la personne visée] est investie* ».

La première condition impliquait traditionnellement une distinction selon qu'il s'agissait de paroles, gestes ou menaces, qui peuvent être publics ou non, ou d'écrits ou images, qui ne sont constitutifs d'outrage que s'ils n'ont pas été rendus publics⁵. Cette distinction a toutefois paru remise en cause par la Cour de

⁴ Crim., 20 décembre 1955, *Bull. crim.* n° 580.

⁵ Crim., 15 mars 1883, *de Buor de la Voye*, *Bull. crim.* n° 75. Comme l'explique M. Jacques-Henri Robert, la distinction entre les paroles, publiques ou non, et les écrits, qui ne sauraient être publics, vient « *d'une interprétation littérale de l'article 222 de l'ancien Code pénal (Cass. crim., 15 mars 1883, de Buor de la Voye : S. 1883, I, p. 425, rapp. Saint-Luc-Courbourieu) : dans sa rédaction primitive de 1810, ce texte ne punissait que les paroles outrageantes, et la loi du 13 mai 1863 y ajouta les "écrit et dessin non rendus publics" dans la construction grammaticale suivante : "...quelque outrage par paroles, par écrit ou dessin non rendus publics". De la répétition de la préposition "par" avant les mots "écrit et dessin", la cour a déduit que le groupe "non rendus publics" ne s'appliquait pas aux "paroles" outrageantes, lesquelles restaient invariablement soumises à l'article 222, quelle que soit la nature, publique ou privée, du lieu ou de l'assemblée dans lesquels elles étaient proférées. "L'injure et la menace verbales", dit en effet l'arrêt, lorsqu'elles sont adressées à un fonctionnaire public ou à un agent de l'autorité, dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions, sont qualifiées outrage par les articles 222 et suivants et rentrent, même quand la publicité peut les aggraver, dans les termes de ces articles, et non dans ceux des articles 33, 31 et 23 de la loi du 29 juillet 1881* » (« *Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique* », *JurisClasseur Pénal Code*, Art. 433-5 et 434-24, 16 mai 2014 [Mis à jour le 31 mai 2019], § 5). Cette jurisprudence a été régulièrement confirmée, y compris sous l'empire du nouveau code pénal. On peut citer, par exemple, comme confirmation de cette interprétation jurisprudentielle : Crim., 18 janvier

cassation qui a jugé, à propos de la diffusion d'un écrit (en l'espèce un tract diffamatoire), que « *toute expression injurieuse ou diffamatoire, lorsqu'elle s'adresse à une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, caractérise le délit d'outrage prévu et puni par l'article 433-5 du code pénal, même si elle a par ailleurs fait l'objet d'une diffusion publique* »⁶. Le « *par ailleurs* » manifeste que la question de la diffusion publique est seconde par rapport à celle de l'adresse privée. Pour le professeur Conte, par cet arrêt, « *la jurisprudence adopte désormais un critère de distinction plus simple : quel que soit le procédé en cause, paroles, écrits, courriels, etc., et à la condition que la mise en cause se rattache à l'exercice de la qualité, de la mission ou de la fonction, il relève de la qualification d'outrage, non de celles d'injure ou de diffamation, dès lors que l'auteur s'est adressé non au public, mais directement à la victime, l'aurait-il fait publiquement* »⁷.

Le fait que des expressions publiques puissent être caractérisées d'outrage est susceptible de conduire à des conflits de qualification avec certains délits de presse, difficulté à l'origine de la QPC objet de la décision commentée.

La seconde condition tenant à la nature de l'outrage est appréciée largement par la jurisprudence. L'outrage, à travers la personne, vise à dégrader la fonction. Comme le relève M. Vincent Delbos⁸, il peut s'agir de propos diffamatoires ou injurieux⁹ ou de l'usage de termes grossiers ou méprisants (comme le fait de dire à un gendarme : « *Vous ne me faites pas peur* »¹⁰ ou de dire à des policiers : « *Foutez le camp* »¹¹).

Le quatrième élément matériel du délit d'outrage est le fait que les propos soient adressés à la personne outragée. Comme le souligne M. Delbos, « *pour que l'atteinte, élément de l'infraction, soit établie, deux conditions sont nécessaires : d'une part, l'intention formelle du prévenu de faire parvenir l'outrage à la personne qualifiée ; d'autre part, la connaissance réellement acquise de l'outrage par cette dernière* »¹². Cette connaissance peut être indirecte, si l'auteur des propos les a tenus devant des personnes dont il savait qu'elles les rapporteraient nécessairement à celui auquel ils étaient adressés¹³. Ces « *rapporteurs nécessaires* », selon l'expression de la jurisprudence, le sont en raison des liens

1956, n° 638 ; Crim., 13 février 1975, n° 74-97.435 ; Crim., 17 juin 1991, n° 90-84.144 ; Crim., 29 mars 2011, n° 10-87.254 ; Crim., 25 novembre 2014, n° 13-88.268 ; Crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153.

⁶ Crim., 25 novembre 2014, n° 13-88.268.

⁷ Philippe Conte, note sous Crim., 10 janvier 2017, n° 16-81.558, *Droit pénal*, avril 2017.

⁸ Vincent Delbos, article précité, § 51 et s.

⁹ Crim., 30 juin 1965, n°64-92.773, *Bull. crim.* n° 169.

¹⁰ Crim., 30 mars 2004, n° 03-85.378.

¹¹ Crim., 23 mars 1916, *Bull. crim.* n° 72.

¹² Vincent Delbos, article précité, § 70.

¹³ Crim., 26 octobre 2010, n° 09-88.460.

qu'ils entretiennent avec la personne injuriée¹⁴. Il en va par exemple ainsi des personnes entre lesquelles existe un rapport hiérarchique¹⁵.

Il n'y a donc pas outrage **si les paroles en cause ne sont pas directement adressées à la personne visée** ou **s'il n'est pas établi que l'auteur voulait que les propos soient rapportés à la personne visée par le biais d'un tiers, présent lors de l'énoncé des propos**¹⁶, ou encore s'il n'est pas établi que la personne à laquelle l'outrage était destiné en a eu connaissance¹⁷.

* L'élément moral du délit d'outrage est l'intention coupable : l'auteur des propos doit être conscient de la qualité de celui qu'il outrage¹⁸ et vouloir porter atteinte à la dignité ou au respect dus à la fonction dont il est investi¹⁹.

b. – La répression de l'outrage

L'outrage simple est puni d'une amende de 7 500 euros, à laquelle s'ajoute, s'il est commis en réunion, une peine de six mois d'emprisonnement.

Adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique, il est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros ou, s'il est commis en réunion, de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

L'outrage commis dans un établissement scolaire ou à proximité, à l'occasion de l'entrée ou de la sortie des élèves, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende.

2.- Infractions de presse, diffamation et injure publique

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse définit les infractions de presse et le régime procédural qui leur est applicable en cherchant à établir un équilibre entre la protection de la liberté d'expression et les conditions de poursuite des infractions qui peuvent résulter de son exercice.

Elle réprime certaines infractions commises par voie de presse (ce qui recouvre, aux termes de l'article 23 de cette loi, tous discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, tous écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image

¹⁴ Crim., 12 mars 2019, n° 18-87.239.

¹⁵ Crim., 15 janvier 1904 ; Crim., 30 mars 1944 ; CA Paris, 28 février 1996, n° 2931-94 ; CA Caen, 26 janvier 1998, n° 97/00608 ; CA Nancy, 3 février 2004, n° 03/00817 ; CA Bordeaux, 9 octobre 2009, n° 08/01550.

¹⁶ Crim., 1^{er} mars 2016, n° 15-82.824 ; Crim., 29 mars 2017, n° 16-82.884.

¹⁷ Crim., 6 mai 2008, n° 07-80.530.

¹⁸ Crim., 12 avril 1967, *Bull. crim.* n° 116.

¹⁹ Crim., 1^{er} décembre 1964, D. 1965, jurispr., p. 83.

vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, ou encore tous placards ou affiches exposés au regard du public) ou par tout autre moyen de communication au public par voie électronique.

La Cour de cassation estime que la condition tenant à ce que les discours poursuivis soient « *proférés* » s'entend des discours « *tenus à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics* »²⁰. Le caractère public est retenu chaque fois qu'un message est susceptible d'atteindre un public indéterminé. Tel n'est pas le cas lorsque les destinataires du message sont liés par une communauté d'intérêts²¹ comme, par exemple, la distribution d'un tract aux salariés syndiqués d'une même entreprise²².

Parmi ces infractions figurent la diffamation et l'injure publique²³.

* La diffamation est définie par l'article 29 de cette loi 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* ».

Le critère de « *l'imputation de faits* » est déterminant pour distinguer l'injure de la diffamation publique. En effet, ce même article 29 définit l'injure publique comme « *Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* ».

La répression de ces deux infractions est aggravée en fonction des personnes qu'elles visent²⁴.

Ainsi, l'article 30 punit la diffamation publique envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l'air, les corps constitués et les administrations publiques, d'une amende de 45 000 euros.

L'article 31 punit de la même peine la diffamation commise, à raison de leurs

²⁰ Crim., 15 décembre 2015, n° 14-86.132.

²¹ Définie comme « *un groupe de personnes liées par une appartenance commune, des aspirations et des objectifs partagés, formant une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçue comme des tiers par rapport à l'auteur des propos mis en cause* » (Crim., 28 avril 2009, n° 08-85.249).

²² Crim., 4 janvier 1990, n° 85-94.880. *A contrario*, l'affichage d'un tract au sein d'un établissement pénitentiaire est une diffusion publique dans la mesure où ledit tract est accessible non seulement aux personnels du centre mais également aux éducateurs, aux détenus, aux personnels d'entretien et aux personnes de passage pouvant fréquenter ponctuellement le hall d'accueil et le mess (Crim., 13 novembre 2019, n° 18-84.864).

²³ Précisons que ces infractions, lorsqu'elles sont commises dans la sphère privée, sont seulement constitutives de contraventions prévues par le code pénal (articles R. 621-1, R. 621-2, R. 625-8 et R. 625-8-1 du code pénal).

²⁴ Outre les cas prévus aux articles 30 et 31, la diffamation envers un particulier et l'injure contre un particulier, s'il n'y a pas eu provocation, sont punies de 12 000 euros d'amende. Sont punies d'un an d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende la diffamation ou l'injure dirigées contre 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 ou bien à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap (articles 32 et 33).

fonctions ou de leur qualité, envers le Président de la République, un ministre, un parlementaire, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'État, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.

L'article 33 punit d'une amende de 12 000 euros l'injure publique commise à l'encontre des mêmes personnes que celles visées à ces articles 30 et 31.

* Infractions de presse, la diffamation ou l'injure publique bénéficient d'un régime spécifique, protecteur de la liberté d'expression. Elles ne peuvent ainsi faire l'objet ni d'une composition pénale²⁵, ni d'une comparution immédiate²⁶, ni d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité²⁷, ni d'une audience à juge unique²⁸.

De la même manière, en dehors de quelques infractions spécifiques, liées notamment à la diffusion de propos dirigés contre certains groupes sociaux ou contre les personnes à raison de leur appartenance à ces groupes, la requalification des infractions de presse en cours de procédure est impossible. Que les poursuites trouvent leur origine dans un réquisitoire introductif, une plainte avec constitution de partie civile ou une citation devant le tribunal correctionnel, les faits doivent être dès l'origine qualifiés avec précision par toute personne qui saisit la juridiction (articles 50 et 53 de la loi du 29 juillet 1881).

L'exception de vérité, applicable en cas de poursuite pour diffamation, permet à la personne mise en cause de s'exonérer en apportant la preuve de la véracité des faits énoncés. À défaut, elle peut également y parvenir en prouvant sa bonne foi.

Enfin, les infractions de presse se prescrivent par trois mois à compter de la diffusion des éléments incriminés contre six ans à compter de la commission des faits pour les délits de droit commun comme l'outrage.

3.- Le risque de conflit de qualification entre l'outrage et la diffamation ou l'injure publique

* La description des infractions de diffamation, d'injure publique et d'outrage montre que certains de leurs éléments constitutifs se recoupent.

²⁵ Art. 41-2 du code de procédure pénale (CPP).

²⁶ Art. 397-6 CPP.

²⁷ Art. 495-16 CPP.

²⁸ Art. 398-1 CPP.

Ainsi, la nature insultante de l'outrage se retrouve dans l'injure ou la diffamation. Par ailleurs, si l'outrage ne peut être constitué qu'à l'encontre d'une personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique, l'injure ou la diffamation font l'objet d'une répression aggravée lorsqu'elles sont commises à l'encontre de certaines autorités, de fonctionnaires ou de personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'un service ou d'un mandat public. Enfin, si en principe la répression des outrages par écrit ou image ne vaut que pour ceux qui n'ont pas été rendus publics, la jurisprudence limite la portée de cette restriction puisqu'elle estime que, si l'écrit ou l'image ont été adressés à la personne injuriée, en même temps qu'une diffusion publique, la qualification d'outrage peut être retenue. Les outrages proférés par parole, geste ou menace peuvent quant à eux être poursuivis quelle que soit la publicité dont ils ont été l'objet.

Comme le relève M. Yves Monnet, « *si les textes d'incrimination et de répression, par eux-mêmes, séparent assez clairement les domaines d'application du délit d'outrage par écrit envers un dépositaire de l'autorité publique et les délits de diffamation ou d'injure par écrit envers une telle personne protégée, ils n'opèrent pas la même distinction entre, d'une part, le délit d'outrage par paroles envers un dépositaire de l'autorité publique et, d'autre part, les délits de diffamation ou d'injure envers celui-ci; le délit d'outrage par paroles, en effet, comme les délits d'outrages par gestes ou menaces, relève de l'article 433-5 du Code pénal, qu'il ait été commis selon une modalité publique ou qu'il l'ait été selon une modalité non rendue publique. Il y a là, par conséquent, la possible apparition d'un cumul idéal d'infractions avec la diffamation publique ou l'injure publique visant un dépositaire de l'autorité publique* »²⁹.

La doctrine, cependant, estime qu'un élément différencie, même dans ce cas, l'outrage de la diffamation ou de l'injure : il s'agit du fait que l'outrage repose sur la volonté de son auteur de s'adresser à celui qu'il entend offenser. Pour M. Emmanuel Dreyer, « *les rapports entre outrage et diffamation ou injure apparaissent clairement. Ce qui fait la gravité du premier par rapport aux secondes, c'est l'acte de défi qu'il révèle. Le propos ne remet en cause l'autorité de celui qui est outragé qu'autant qu'il lui est directement adressé : sa logique est celle de l'affrontement et de la contestation d'une légitimité. Il en va différemment en matière de diffamation et d'injure où l'auteur du propos prend à partie les tiers et tente d'attirer leur attention sur une personne déterminée* »³⁰.

La Cour de cassation juge ainsi que « *les expressions diffamatoires ou injurieuses proférées publiquement par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi susvisée sur la liberté de la presse, contre une personne chargée d'une mission*

²⁹ Yves Monnet, note sous Crim., 7 décembre 2004, n° 04-81.162, *Gazette du Palais*, 2 juin 2005, p. 14.

³⁰ Emmanuel Dreyer, « Sous quelle qualification saisir la vulgarité ? », *Rec. Dalloz*, 2011, p. 570.

de service public ou dépositaire de l'autorité publique à raison de ses fonctions ou à l'occasion de leur exercice, sans être directement adressées à l'intéressé, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 433-5 du code pénal incriminant l'outrage, et ne peuvent être poursuivies et réprimées que sur le fondement des articles 31 et 33 de ladite loi »³¹.

* La ductilité de la ligne de démarcation entre l'outrage et l'injure ou la diffamation est critiquée par une partie de la doctrine qui, identifiant une tendance des juridictions pénales à privilégier la qualification d'outrage, estime que « *que cette position va à l'encontre du principe selon lequel la loi spéciale prévaut sur la loi générale* »³². Ce constat amène même M. Dreyer à s'interroger sur le fait que la distinction entre injure et outrage ne soit pas en réalité une distinction de nature mais de degré – l'outrage étant plus grave que l'injure – et à suggérer que cette dernière soit sortie du régime spécifique du droit de la presse et considérée comme une infraction de droit commun³³.

Les importantes différences de régime juridique entre l'outrage et les délits de presse, qui tiennent tant aux peines encourues qu'aux protections spécifiquement apportées par la loi du 29 juillet 1881, peuvent conduire, dans un souci de répression plus forte, à privilégier les poursuites pour outrage. D'ailleurs, c'est ce que recommande expressément une circulaire du ministre de la justice du 7 septembre 2020³⁴, invitant les autorités poursuivantes, en cas d'insulte contre un élu ou un maire, à « *retenir la qualification d'outrage sur personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public plutôt que celle d'injures* ».

B. – Origine de la QPC et question posée

Lors d'une réunion publique tenue le 2 juin 2018, M. Alain P. avait qualifié un maire, qui assistait à cette réunion en cette qualité, de « *menteur* » et de « *personne malhonnête* ». Convoqué en médiation pénale pour faits de diffamation publique contre personne dépositaire de l'autorité publique, il avait refusé cette procédure, arguant que les faits ne pouvaient être qualifiés que d'injures publiques. Un classement sans suite de cette procédure avait été opéré le 9 avril 2019 mais l'intéressé avait par la suite été renvoyé devant le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand pour outrage à personne dépositaire de l'autorité publique.

³¹ Crim., 29 mars 2017, n° 16-82.884. Cf. aussi, pour l'outrage à magistrat, Crim. 1^{er} mars 2016, n° 15-82.824.

³² Vincent Delbos, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Outrage*, Dalloz, n° 110.

³³ Emmanuel Dreyer, « La notion d'outrage », *La Gazette du Palais*, 30 avril 2018, n° 16, p.74.

³⁴ Circulaire du garde des sceaux, ministre de la justice, DP 2019/1590/A22.

Au cours de cette procédure, il avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) devant le tribunal correctionnel de Clermont-Ferrand, lequel l'avait transmise à la Cour de cassation par un jugement du 29 septembre 2020.

Par un arrêt du 12 janvier 2021, la Cour de cassation avait renvoyé au Conseil constitutionnel cette QPC, au motif que la différence de traitement qui résulte des régimes distincts des infractions d'outrage et d'injure publique « *au regard du seul caractère direct ou non de l'expression diffamatoire ou injurieuse, est susceptible de porter atteinte notamment au principe d'égalité devant la loi, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

II. – L'examen de la constitutionnalité des dispositions contestées

A. – La version des dispositions renvoyées, les griefs et la délimitation du champ de la QPC

* Le requérant reprochait à ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, d'opérer une confusion entre l'incrimination d'outrage et celle d'injure publique. Selon lui, parce qu'elles partageraient les mêmes éléments constitutifs et protégeraient les mêmes valeurs sociales, ces deux incriminations pourraient punir des faits identiques, ce qui permettrait aux autorités de poursuite de choisir discrétionnairement l'une ou l'autre de ces incriminations. Compte tenu des différences notables de régime juridique entre ces deux infractions, il en résultait une violation du principe d'égalité devant la loi pénale, du droit à un recours juridictionnel effectif ainsi que des droits de la défense.

* Le Conseil constitutionnel a estimé, au regard de ces griefs, que la QPC portait uniquement sur les deux premiers alinéas de l'article 433-5 du code pénal (paragr. 8).

* Deux interventions volontaires, identiques sur le fond, avaient été présentées dans cette affaire. Outre les griefs de rupture d'égalité devant la loi et de rupture d'égalité devant la justice, ces intervenants soulevaient un grief d'atteinte à la liberté d'expression. Selon eux, la possibilité de poursuivre pour outrage des faits susceptibles de relever de la qualification d'injure publique portait une atteinte disproportionnée à cette liberté en raison du régime répressif plus sévère attaché à ce premier délit.

B. – La jurisprudence constitutionnelle

1. – Sur le principe d'égalité devant la loi pénale

* Le principe d'égalité devant la loi pénale se distingue des principes d'égalité devant la justice ou dans les procédures.

- Ces derniers se fondent à la fois sur l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et sur son article 16, relatif à la garantie des droits. Le Conseil constitutionnel en déduit que, « *s'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les règles de la procédure pénale en vertu de l'article 34 de la Constitution, de 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* »³⁵.

Sur le fondement, le Conseil a admis que certaines infractions de presse, telles que l'injure publique, l'incitation à la haine, la diffamation etc. puissent, par exception au principe général du droit de la presse, faire l'objet de requalification en cours de procédure lorsqu'elles sont commises en raison de l'appartenance des victimes à certains groupes sociaux ou en raison de leur sexe, identité de genre ou orientation sexuelle, et ce alors que cette exception procédurale ne trouvait pas à s'appliquer à d'autres infractions de presse telles que l'injure non aggravée³⁶.

- Le principe d'égalité devant la loi pénale trouve, quant à lui, son fondement exclusivement dans l'article 6 de la Déclaration de 1789.

Il a pour champ d'application principal la loi pénale elle-même, c'est-à-dire la loi qui définit les incriminations, désigne leurs auteurs, fixe les conditions d'engagement de la responsabilité ainsi que les peines encourues. Dans ce domaine, qui se rapproche de la nécessité et de la proportionnalité des peines, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est plus restreint. Le Conseil juge ainsi que « *le principe d'égalité devant la loi pénale, tel qu'il résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [...], ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente* »³⁷. Ceci ouvre au législateur une large marge

³⁵ Par exemple, récemment, décision n° 2019-804 QPC du 27 septembre 2019, *Association française des entreprises privées (Dénonciation obligatoire au procureur de la République de certains faits de fraude fiscale)*, paragr. 4.

³⁶ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 94 à 97.

³⁷ Décision n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, *Loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs*, cons. 3, ou n° 2010-612 DC du 5 août 2010, *Loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale*, cons. 6.

d'appréciation pour prévoir une répression différente des comportements en fonction de leurs éléments constitutifs.

Pour autant, le Conseil y apporte une limite : « *la loi pénale ne saurait, pour une même infraction, instituer des peines de nature différente, sauf à ce que cette différence soit justifiée par une différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi* »³⁸.

À de nombreuses reprises, le Conseil constitutionnel a examiné des dispositions critiquées à l'aune du principe d'égalité devant la loi pénale.

Il a jugé que ne méconnaissaient pas ce principe :

– l'aggravation de la destruction du bien d'autrui lorsqu'elle porte sur des cultures d'OGM, compte tenu notamment des destructions répétées de ces cultures et du risque accru de destruction consécutif à la création d'un registre national rendant public leur nature et leur localisation³⁹ ;

– des dispositions faisant bénéficier d'une immunité pénale les ascendants, descendants et conjoints d'une personne sans l'étendre aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins⁴⁰. Le Conseil a jugé de même s'agissant de l'immunité pénale bénéficiant aux consommateurs de drogue suivis dans le cadre d'une politique particulière de réduction des risques et des dommages en direction des usagers de drogues (« *salles de consommation à moindre risque* »)⁴¹ ;

– une différence territoriale de répression des sévices aux animaux selon qu'il existe ou non une « *tradition locale ininterrompue* »⁴² ;

– une différence, dans la possibilité de créer ou non de nouvelles arènes, entre les courses de taureaux et les combats de coq, dès lors qu'il s'agit de pratiques distinctes par leur nature⁴³.

Dans ces différentes décisions, la différence de répression trouvait sa justification dans une différence de situation (risque plus élevé de destruction des cultures

³⁸ Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013, *Association Emmaüs Forbach (Incrimination de la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale)*, cons. 3.

³⁹ Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 33 à 36.

⁴⁰ Décision n° 96-377 DC du 16 juillet 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, cons. 12 et 13.

⁴¹ Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016, *Loi de modernisation de notre système de santé*, cons. 28 à 30.

⁴² Décision n° 2012-271 QPC du 21 septembre 2012, *Association Comité radicalement anti-corrída Europe et autre (Immunité pénale en matière de courses de taureaux)*, cons. 5 et 6.

⁴³ Décision n° 2015-477 QPC du 31 juillet 2015, *M. Jismy R. (Incrimination de la création de nouveaux gallodromes)*, cons. 1 à 4.

OGM, acceptabilité locale des courses de taureaux ou distinction entre les courses de taureau ou les combats de coq), établie le cas échéant en prenant en compte l'objectif poursuivi (nécessité de concilier la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et la volonté de ne pas faciliter l'immigration clandestine pour l'immunité pénale des proches en ligne direct).

Dans plusieurs autres décisions, le Conseil a pu considérer que les différences de répression n'étaient pas justifiées par une différence de situation au regard de l'infraction réprimée :

– des différences de répression pénale (qualification contraventionnelle ou délictuelle) portant sur la contrefaçon sur internet, selon qu'elle est commise ou non au moyen d'un logiciel de pair à pair⁴⁴ ;

– des différences d'incrimination de la rétention de précompte selon qu'elle est commise par un agriculteur (délit puni de trois ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende) ou un autre employeur (contravention de cinquième classe)⁴⁵ ;

– des différences très fortes de répression (soit cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende, soit une peine de 5 000 euros d'amende) entre, d'une manière générale, la fraude aux prestations d'aide sociale et des infractions de fraude spécifique portant sur certaines de ces prestations⁴⁶. Le Conseil en a jugé de même pour la répression du non-respect des délais de paiement, qui était punie de 15 000 euros d'amende et d'une sanction administrative d'un montant cinq fois supérieur (et égale à 375 000 euros pour une personne morale) en vertu du même article L. 441-6 du code de commerce⁴⁷.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs formulé une réserve d'interprétation à propos des amendes forfaitaires en matière délictuelle, fondée sur le principe d'égalité devant la loi pénale. Il a en effet estimé que « *deux personnes ayant commis la même infraction sont susceptibles d'être soumises à une règle différente quant au minimum de la peine d'amende applicable selon que l'autorité de poursuite aura choisi de prononcer une amende forfaitaire, qui a pour conséquence d'imposer un tel minimum, ou qu'elle aura choisi une autre voie de poursuite, qui laisse le juge libre de fixer la peine en considération des circonstances propres à chaque espèce. Cette différence de traitement est d'autant plus importante que le montant de l'amende forfaitaire est élevé* ». Il a

⁴⁴ Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 65.

⁴⁵ Décision n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011, *Mme Catherine F., épouse L. (Sanction de la rétention de précompte des cotisations sociales agricoles)*, cons. 6.

⁴⁶ Décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013 précitée, cons. 6.

⁴⁷ Décision n° 2014-690 DC du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, cons. 74.

en conclu que cette procédure de l'amende forfaitaire ne pourrait « 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 »⁴⁸. Les censures correspondent à des cas dans lesquels l'avantage conféré à certaines personnes est exorbitant ou injustifiable tant les situations différemment traitées paraissent comparables.

2. - Sur la liberté d'expression et de communication

* 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* ». La liberté d'expression et de communication qui découle de ce texte est une liberté particulièrement protégée puisque le Conseil a pu affirmer qu'elle 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* »⁴⁹. Le Conseil considère néanmoins, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, qu'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 et, 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.

À cet égard, le Conseil est particulièrement attentif aux limitations apportées à l'expression publique. C'est ainsi qu'il a, par deux fois, étendu le champ de l'exception de vérité en matière de diffamation. Ainsi, la décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011⁵⁰ a censuré les dispositions de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 interdisant de rapporter la preuve de faits remontant à plus de dix ans. La décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013⁵¹ a procédé de même à propos de faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite et de faits ayant donné lieu à une condamnation effacée par une réhabilitation ou par une révision.

⁴⁸ Décision n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, paragr. 258.

⁴⁹ Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, *David P. (Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes)*, paragr. 5. Récemment : décision n° 2020-863 QPC du 13 novembre 2020, *Société Manpower France (Délai de dix jours accordé au défendeur en matière de diffamation)*, paragr. 7.

⁵⁰ Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre (Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans)*.

⁵¹ Décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, *M. Philippe B. (Exception de vérité des faits diffamatoires constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou ayant donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision)*.

Dans les deux cas, pour conclure à la violation de la liberté d'expression, laquelle l'emporte ainsi sur une forme de « *droit à l'oubli* », le Conseil a relevé que l'interdiction d'apporter la preuve de la vérité de faits « *visé sans distinction [...] tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général* » et que, « *par son caractère général et absolu, cette interdiction porte à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi* »⁵².

* À l'inverse, le Conseil a pu admettre que l'exercice de la liberté d'expression soit limité par le droit pénal. Il a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de connaître d'incriminations sanctionnant des abus d'exercice de la liberté d'expression et de communication.

Dans sa décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, le Conseil a admis la constitutionnalité du délit de négationnisme s'agissant de la contestation de l'existence de faits commis durant la seconde guerre mondiale qualifiés de crimes contre l'humanité et sanctionnés comme tels par une juridiction française ou internationale. Il a en effet estimé, d'une part, que les propos incriminés « *constituent en eux-mêmes une incitation au racisme et à l'antisémitisme* » et donc, à ce titre, un « *abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui porte atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers* ». D'autre part, il s'est attaché au caractère limité de l'atteinte ainsi portée à la liberté d'expression et de communication. À ce titre, il a relevé sa spécificité, liée à ce que l'incrimination pénale visait « *à lutter contre certaines manifestations particulièrement graves d'antisémitisme et de haine raciale* » et il a observé que « *seule la négation, implicite ou explicite, ou la minoration outrancière de ces crimes est prohibée [et] que les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* ». Il en a conclu que l'atteinte était nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur⁵³.

En revanche, il a censuré le délit réprimant la négation, la minoration et la banalisation de certains crimes n'ayant fait l'objet d'aucune condamnation judiciaire préalable⁵⁴. Il a en effet estimé que faute d'une telle condamnation ayant conféré une qualification de cette nature aux faits en cause, « *[les] dispositions contestées font peser une incertitude sur la licéité d'actes ou de propos portant sur des faits susceptibles de faire l'objet de débats historiques qui ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité qui s'impose s'agissant de l'exercice de la liberté d'expression* ».

⁵² Décision n° 2011-131 QPC, préc., cons. 6 et décision n° 2013-319 QPC, préc., cons. 9.

⁵³ Décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, *M. Vincent R. (Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité)*, cons. 5 à 8.

⁵⁴ Décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, paragr. 193 à 197.

Dans la décision n° 2017-747 DC⁵⁵, était en cause l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse tendant à réprimer « *les pressions morales et psychologiques, menaces et actes d'intimidation exercés à l'encontre de toute personne cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, quels que soient l'interlocuteur sollicité, le lieu de délivrance de cette information et son support* », qu'il a finalement validée en l'assortissant de plusieurs réserves d'interprétation.

* Le Conseil constitutionnel a également été saisi du délit d'apologie de terrorisme, dont il a jugé qu'il ne méconnaissait pas la liberté d'expression et de communication dans sa décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018⁵⁶.

Il s'est tout d'abord assuré que les faits en cause constituaient bien un abus de l'exercice de la liberté d'expression à l'origine d'un trouble à l'ordre public. Il a ainsi relevé que « *l'apologie publique, par la large diffusion des idées et propos dangereux qu'elle favorise, crée par elle-même un trouble à l'ordre public* » et que « *le juge se prononce en fonction de la personnalité de l'auteur de l'infraction et des circonstances de cette dernière, notamment l'ampleur du trouble causé à l'ordre public* ».

Il s'est ensuite attaché au caractère suffisamment précis des faits incriminés, pour constater qu'ils « *ne créent pas d'incertitude sur la licéité des comportements susceptibles de tomber sous le coup du délit* ». Puis il a jugé que « *si, en raison de son insertion dans le code pénal, le délit contesté n'est pas entouré des garanties procédurales spécifiques aux délits de presse prévues par la loi du 29 juillet 1881 [...], les actes de terrorisme dont l'apologie est réprimée sont des infractions d'une particulière gravité susceptibles de porter atteinte à la vie ou aux biens* »⁵⁷. Enfin, après avoir rappelé que les peines encourues pour ce délit n'étaient pas manifestement disproportionnées à la gravité des faits en cause, il a conclu que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication était nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi.

* Enfin, récemment, le Conseil constitutionnel a censuré un dispositif imposant aux opérateurs de plateforme en ligne de retirer, dans un délai de vingt-quatre heures, les contenus qui leur sont signalés relevant manifestement de certaines qualifications pénales. Le Conseil a estimé que, « *compte tenu des difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le*

⁵⁵ Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, *Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse*, paragr. 13 à 16.

⁵⁶ Décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, *M. Jean-Marc R. (Délit d'apologie d'actes de terrorisme)*, paragr. 21 à 24.

⁵⁷ Décision n° 2018-706 QPC précitée, paragr. 23.

délai imparti, de la peine encourue dès le premier manquement et de l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité, les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée »⁵⁸.

C. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a répondu successivement au grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale puis à celui de violation de la liberté d'expression.

* S'agissant du premier grief, après avoir décrit le régime juridique des infractions d'outrage (paragr. 11) et d'injure publique (paragr. 12), le Conseil a confirmé une partie de la lecture qu'en proposait le requérant. Il a ainsi admis « *qu'un même propos proféré publiquement à l'encontre d'une personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique peut constituer un outrage ou une injure publique* » (paragr. 13).

Toutefois, le Conseil a rappelé que la Cour de cassation retient, de façon constante, une distinction entre les deux qualifications tenant au fait que l'outrage ne peut être constitué que si les propos sont directement adressés à la personne outragée ou à une personne dont l'auteur sait qu'il les lui rapportera (même paragr.). Cet élément distinctif justifie que ces infractions ne protègent pas exactement les mêmes valeurs sociales puisque, à la différence de l'injure, l'outrage sanctionne l'adresse personnelle à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public : cette volonté de « défi », selon l'expression du professeur Emmanuel Dreyer, est première par rapport à l'éventuelle circonstance que ces propos soient tenus publiquement.

De cet élément fondamental de distinction, le Conseil constitutionnel a tiré la conclusion que l'incrimination d'outrage et celle d'injure publique punissent des agissements de nature différente et a, par conséquent, rejeté le grief de rupture d'égalité devant la loi pénale (paragr. 14).

* Sur le grief tiré de la violation de la liberté d'expression, le Conseil constitutionnel a rappelé sa jurisprudence traditionnelle, qui n'exclut pas la prohibition, par le législateur, de certains abus de cette liberté, attentatoires à l'ordre public ou aux droits des tiers, mais impose, en tout état de cause, que les

⁵⁸ Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*, paragr. 12 à 19.

atteintes portées à l'exercice de cette liberté soient nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (paragr. 15).

Le Conseil a estimé que l'outrage constitue bien un tel abus de la liberté d'expression, en ce qu'il porte atteinte à la dignité des fonctions de la personne outragée et au respect qui leur est dû. Procédant ensuite au contrôle du caractère nécessaire, adapté et proportionné des peines encourues, il a estimé que les peines maximales prévues, de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 euros à 30 000 euros, ne méconnaissaient pas cette exigence (paragr. 16).

Considérant que les dispositions contestées ne portaient pas non plus atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif ou aux droits de la défense, non plus qu'à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel les a donc déclarées conformes à la Constitution (paragr. 17).