

Contribution extérieure

Portant sur certaines dispositions du projet de loi confortant le respect des principes de la République

Présentée pour :

- La Ligue des droits de l'Homme ;
- Le Syndicat de la Magistrature ;
- Le Syndicat des Avocats de France ;
- MMmes et MM. Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Stéphanie HENNETTE
VAUCHEZ, Raphaël MAUREL, Thomas PERROUD, universitaires.

La présente contribution extérieure relative au projet de loi confortant le respect des principes de la République concerne les dispositions suivantes :

- Article 1^{er} ;
- Article 2 ;
- Article 8 ;
- Article 9 ;
- Articles 12, 13 et 14 ;
- Article 16 ;
- Article 36 ;
- Article 39 ;
- Article 46 ;
- Articles 68 et 69.

Sur l'article 1^{er}

L'article 1^{er} « dispositions relatives au service public » porte, paradoxalement, essentiellement sur les contrats de travail de droit privé. Son objet est de soumettre un très grand nombre de salariés qui, aujourd'hui, relèvent de contrats de travail de droit privé, régis par le Code du travail, à des obligations de laïcité et de neutralité. En cela, ces dispositions soulèvent deux types d'interrogations. L'une est de principe ; l'autre est liée à la très imprécise délimitation opérée par le texte.

Les articles principaux de la loi du 9 décembre 1905 posent, pour les personnes privées, un principe de liberté de conscience et de liberté de culte (art. 1) et, pour les personnes et autorités publiques, un principe de neutralité religieuse (art. 2). C'est sur ce fondement que les fonctionnaires et agents publics, ainsi que les bâtiments publics, ont été systématiquement et clairement soumis à des obligations de neutralité et de laïcité, dont la consécration jurisprudentielle répétée ne fait pas de doute (CE, 1936, *Jamet*; CE, avis, 2000, *Delle Marteaux*). Vous vous êtes déjà référés au principe de neutralité du service public (Cons. Const., déc. 18 sept. 1986, n° 86-217 DC), qui découle du principe plus général de neutralité de l'État (Cons. const., 21 févr. 2013, n° 2012-297 QPC : JO 23 févr. 2013, p. 3110).

Ces obligations constituent d'ailleurs l'une des grandes différences entre fonctionnaires et salariés de droit privé, le Code du travail étant quant à lui (*a fortiori* depuis les lois Auroux de 1982) garant de la liberté d'expression des salariés sur le lieu de travail, qui prospère tant sur le fondement de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 que sur son article 10 garantissant la liberté d'opinion, même religieuse, dans les limites posées par l'absence de trouble à l'ordre public.

Ainsi, la liberté religieuse reste en principe extérieure au contrat de travail, et le salarié ne peut la voir restreinte que pour autant que les contraintes spécifiques à tel ou tel poste de travail l'exigent. Pour reprendre des affaires célèbres, le salarié d'un rayon de boucherie ne peut invoquer sa religion pour refuser de manipuler certaines viandes (Cass. Soc., du 24 mars 1998, 95-44.738), ni la vendeuse de prêt-à-porter exiger de se vêtir en niqab (CA Saint-Denis de La Réunion, 9 sept. 1998 : *D.* 1998, p. 546). Ces restrictions ne sont toutefois, jusqu'à la loi El Khomri de 2016, valables que pour autant qu'elles sont justifiées par les exigences propres au poste de travail. C'est d'ailleurs là que résidait le cœur de la dispute dans l'affaire Baby Loup : était-il possible d'inclure dans le règlement intérieur de l'entreprise une clause générale de neutralité des personnels ? La Cour de cassation finit par apporter à cette question une réponse positive (Cass, AP, juin 2014). La loi Travail de 2016 élargit cette solution jurisprudentielle en prévoyant désormais que « le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché » (L. 1321-2-1 Code du travail). Notons toutefois que ces évolutions (de la résolution judiciaire de l'affaire Baby Loup à la loi El Khomri) sont tout à fait étrangères à la notion de service public. C'est, le cas échéant, à l'employeur de choisir de véhiculer une image de neutralité, religieuse, pour ce qui nous intéresse ici. Les restrictions

corrélatives à la liberté religieuse des salariés se voient élargies par la loi sur le fondement de la liberté d'entreprendre (comp., *mutatis mutandis*, CJUE, 2017, *Abchita et Bougnaoui*).

Les dispositions de l'article 1^{er} de la loi déferée procèdent d'une toute autre logique. Elles ne se contentent pas de donner une ramification supplémentaire à la liberté d'entreprendre entendue comme liberté de choisir une image de neutralité. Elles imposent des obligations supplémentaires à toute entreprise privée, dès lors qu'elle se voit confier « en tout ou partie » l'exécution d'une mission de service public. Ce faisant, les dispositions en question posent problème au regard de deux principes constitutionnels : le principe de laïcité et la liberté d'entreprendre.

Concernant le principe de laïcité

Les dispositions de la loi déferée posent d'abord problème au regard du principe de laïcité en ce qu'elles entendent soumettre une série de personnes privées, entreprises et organismes de droit privé (celles auxquelles la loi ou le règlement confie directement l'exécution d'un service public (art. 1. I) ainsi que celles qui deviennent titulaires d'un contrat de commande publique ayant pour objet « en tout ou partie » l'exécution d'un service public) à des obligations de neutralité (religieuse, mais aussi politique et philosophique) qui jusque-là n'échoyaient, en application du principe de laïcité, qu'aux fonctionnaires et agents publics. Plus encore, il s'agit de soumettre non seulement les salariés de ces entreprises ou organismes, mais encore toute personne sur laquelle s'exerce un pouvoir de direction, ainsi que les salariés des entreprises sous-traitantes de celles s'étant vu confier l'exécution d'un service public.

À vrai dire, telle ou telle solution jurisprudentielle ponctuelle avait déjà pu prescrire la soumission de salariés d'organismes de droit privé associés à l'exécution d'une mission de service public à des obligations de neutralité religieuse. Notons toutefois que ces solutions jurisprudentielles sont ponctuelles et peu nombreuses. On s'étonne à cet égard de la présence répétée dans les travaux parlementaires d'une référence à un arrêt *CAF de Marseille* rendu par le Conseil d'État en 1964, tant on peine à trouver dans son examen attentif les raisons de sa mobilisation à l'appui de la proposition selon laquelle les principes du service public (tels que, par exemple, la laïcité et la neutralité) trouveraient à s'appliquer dans les organismes de droit privé en charge d'une mission de service public de manière identique à celle dont ils gouvernent les services publics gérés par des personnes publiques. Tout au plus, en effet, peut-on inférer de cet arrêt des éléments relatifs au devoir de réserve, bien loin des « lois » du service public. Le seul réel précédent jurisprudentiel permettant d'asseoir l'affirmation générale selon laquelle les salariés des organismes de droit privé en charge d'une mission de service public sont soumis à des obligations similaires aux fonctionnaires et agents publics (notamment, neutralité) serait plus justement l'arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation de 2013 par lequel elle avait jugé que la salariée (de droit privé) d'une caisse d'assurance maladie pouvait, du fait de l'association de cette dernière au service public, être soumise à des « contraintes spécifiques » à l'instar d'une exigence de neutralité religieuse. Mais alors même qu'il pose le principe d'une égale application des exigences de laïcité et de neutralité aux services publics qu'ils soient assurés par une personne publique ou privée, l'arrêt précise bien que, dans ce dernier cas, ces principes opèrent comme des « contraintes

spécifiques » venant altérer le statut de droit privé de la relation de travail entre la salariée et son employeur. Par conséquent, le leitmotiv gouvernemental et parlementaire selon lequel la loi ne fait que codifier une jurisprudence bien établie paraît tordre largement la réalité du droit positif. En fait, il s'agit de modifier, en étendant de manière massive et systématique les obligations de neutralité et de laïcité à un très grand nombre de salariés de droit privé au motif de l'association de leur employeur direct ou indirect (cas de la sous-traitance) à un service public, leur statut de salariés du privé, en tout cas du point de vue de la liberté d'expression (religieuse, mais aussi politique et philosophique). C'est donc une atteinte forte qui est portée à la laïcité désormais assimilée, pour toutes ces catégories de personnels, à une obligation de neutralité religieuse ainsi qu'à la liberté d'expression (des salariés concernés).¹

Concernant la liberté d'entreprendre

Les dispositions en cause peuvent également être lues comme portant atteinte à la liberté d'entreprendre. Elles sont mues par une dynamique précisément opposée à celle qui sous-tend la résolution judiciaire de l'affaire Baby Loup comme les dispositions de la loi El Khomri permettant l'insertion au règlement intérieur de l'entreprise d'une clause générale de neutralité des personnels. En effet, bien loin de permettre ici aux entreprises de faire un choix (en l'occurrence, celui de la neutralité dans l'expression des convictions des personnels), il s'agit de leur imposer des obligations de neutralité et de laïcité à faire respecter par l'ensemble de leurs personnels (salariés et toutes personnes sur lesquelles ils exerceront une autorité).

Concernant l'imprécision des dispositions en cause

Tous les juristes ayant eu à travailler sur les contours de la notion de service public savent combien ils sont imprécis et parfois impossibles à définir. La jurisprudence est des plus casuistiques. Le juge parle tantôt d'organismes de droit privé auxquels un « service public a été confié » (CE, Section, 3 janv. 1964, *CAF de l'arrondissement de Lyon*) ou d'organismes « qui assurent des services publics » (Cass. Soc., 10 mars 2013, n°537). Toute activité d'intérêt général n'est pas une activité de service public. Il faut pour cela, soit une détermination textuelle (législative ou réglementaire), soit la réunion d'un faisceau d'indices (organiques, matériels...).

¹ « ... Mais, les cours européennes ne sont pas les seules gardiennes des libertés dont les appréciations interpellent notre Cour de cassation. Par exemple, un organisme international en principe non juridictionnel a aussi reçu cette mission de gardien des droits fondamentaux qui lui permet de constater une divergence avec notre Cour.

Il s'agit du Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui, au cœur de l'été encore, le dix août dernier, a constaté que notre assemblée plénière elle-même avait méconnu des droits fondamentaux reconnus par le Pacte international des droits civils et politiques dans l'affaire connue sous le nom de Baby Loup.

Même si cette constatation n'a pas, en droit, de force contraignante, l'autorité qui s'y attache de fait constitue un facteur nouveau de déstabilisation de la jurisprudence qui vient perturber, aux yeux des juges du fond, le rôle unificateur de notre Cour, qui plus est au niveau le plus élevé de son assemblée plénière.

C'est pourquoi, il nous faut réfléchir en permanence à de nouveaux mécanismes nécessaires pour intégrer les directives croissantes d'origines diverses, et pas toujours cohérentes, que reçoit notre Cour, et qui, encore une fois, exercent nécessairement une incidence forte sur la motivation de ses arrêts. » (Déclaration de Bertrand Louvel du 3 septembre 2018, après l'avis du comité des droits de l'Homme de l'ONU, analysant la décision Baby Loup comme une violation de l'article 18 du Pacte IDCP, Comité des droits de l'homme, 10 août 2018, CCPR/C/123/D/2662/2015).

De la sorte, les dispositions attaquées, en tant qu'elles prévoient la soumission aux principes de laïcité et de neutralité de l'ensemble des personnels des organismes ou entreprises de droit privé s'étant vu confier l'exécution d'un service public (art. 1 I) ou devenus titulaires d'un contrat de commande publique en vertu duquel ils assurent « en tout ou partie » l'exécution d'un service public (art. 1 II), accentuent ces imprécisions. L'étude d'impact de la loi reconnaît d'ailleurs elle-même la difficulté : elle a beau paraphraser le projet de loi en indiquant que les personnels concernés ne devraient être soumis aux obligations nouvelles qu'en tant qu'ils participent à l'exécution d'une mission de service public, elle ne peut dissimuler les difficultés qui seront liées à la mise en œuvre concrète des dispositions. Il reviendra en effet, indique-t-elle, aux employeurs de « *limiter dans toute la mesure du possible l'obligation aux seuls salariés affectés à l'exécution de la mission de service. Autrement dit, cette obligation ne pourra être imposée indifféremment à l'ensemble du personnel de l'entreprise (à titre d'illustration les personnels affectés aux services administratifs de l'entreprise n'exécutent pas une mission de service public et ne peuvent donc pas être concernés par la mesure).* De même, si un salarié exerce une partie seulement de son activité dans le cadre d'une mission de service public, il ne peut se voir imposer une obligation de neutralité que pour cette partie de son activité » (p. 37), même si « *dans certains cas néanmoins, ces entreprises sont susceptibles d'être incluses dans le champ de la mesure s'il est manifeste que l'acheteur a entendu faire participer l'entreprise considérée à la mission de service public qui lui incombe* ». Sans compter que « le refus d'un salarié de se conformer à l'interdiction de manifester ses convictions (devra) conduire l'employeur avant toute procédure de licenciement à chercher, dans les limites précisées plus haut, une affectation qui n'est pas soumise à cette règle ».

Par conséquent, comme le reconnaît l'étude d'impact elle-même (et sans que les travaux parlementaires aient permis de clarifier ce point), « *il n'est pas possible d'évaluer le nombre total de contrats concernés, ni même le nombre de salariés, d'autant que seuls les salariés qui participent à l'exécution du service public sont concernés par cette obligation* ».

Les dispositions en cause sont donc bien trop imprécises pour que des principes constitutionnels aussi fondamentaux que ceux de la laïcité, la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre puissent être considérés comme préservés. Telle qu'adoptées par le Parlement, les dispositions de l'article 1^{er} mèneront inmanquablement à une situation où tout sera affaire d'appréciation au cas par cas. Les salariés des entreprises privées en charge de l'exécution d'un service public ou travaillant pour une telle entreprise ou titulaire d'un contrat de marché ou de concession régi par le contrat de la commande publique seront, s'ils sont considérés comme « participant » à une mission de service public, assujettis au respect des principes de neutralité et de laïcité. Or, une telle complexité ne saura produire qu'un résultat, celui d'un accroissement exponentiel du nombre d'entreprises adoptant dans leur règlement intérieur une clause générale de neutralité applicable à l'ensemble des personnels, seule solution pour anticiper une possible association plus ou moins directe à une activité de service public et garantir un minimum de sécurité juridique.

Il importe en outre de noter qu'en l'état actuel du droit, les contrats de la commande publique relevant de l'article 2 du Code de la commande publique ne sauraient emporter soumission des salariés qui les exécutent aux principes du service public. Ici encore, la loi soumise à votre

examen fait bien davantage que codifier le droit ou la jurisprudence existante ; les contrats assurant les prestations de travaux, de fournitures et de services ne sauraient être lus comme emportant association directe à l'exécution d'un service public, de sorte qu'ici encore, les dispositions du texte paraissent éminemment floues et de nature à mettre en cause les principes constitutionnels susvisés.

Sur l'article 2

Le projet de loi modifie le code de la sécurité intérieure en ce qu'il ajoute un article L 434-1 A et L 515-1 A visant à instaurer une prestation de serment obligatoire pour les services de police, de gendarmerie, de police municipale ainsi que tout agent de l'administration pénitentiaire. Ces derniers se trouvent désormais obligés de s'engager solennellement à servir avec dignité et loyauté la République, ses principes de liberté, d'égalité et de fraternité et sa Constitution.

Le serment actuel consiste à jurer : « Je jure d'obéir à mes chefs en tout ce qui concerne le service auquel je suis appelé, et dans l'exercice de mes fonctions, de ne faire usage de la force qui m'est confiée que pour le maintien de l'ordre et l'exécution des lois. »

Concernant l'atteinte à la liberté d'opinion et à la liberté d'expression :

L'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble par l'ordre public établi par la Loi ».

Dans le même sens, la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, en son article 6 dispose que « La liberté d'opinion est garantie aux fonctionnaires ». Il en ressort que le fonctionnaire bénéficie aux mêmes titres que les autres individus d'un droit à la liberté d'opinion.

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « 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.

Rappelons aussi l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui prévoit en son article 10 « Toute personne a droit à la liberté d'expression ». Dans son arrêt du 8 juin 1976, la Cour Européenne des droits de l'Homme, a jugé que le droit à la liberté d'expression s'applique aussi aux fonctionnaires (CEDH, 8 juin 1976, Engel et a c/Pays Bas, série A n°22 §100). La liberté d'expression du fonctionnaire peut toutefois être limitée par le devoir de neutralité qui s'impose à lui (CEDH, 15 février 2001 n°42393/98).

De son côté, le Conseil constitutionnel a qualifié la liberté d'expression de « liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et la souveraineté nationale » (Cons.constit.,

n°2012-647DC, 28 février 2012). Les atteintes portées à cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif espéré (Cons. cons., 15 décembre 2017, Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II, n°2017-682 QPC).

Or, contraindre des agents du service public à adhérer intellectuellement aux principes de la République et à sa Constitution porte une atteinte excessive à la liberté d'opinion et d'expression, d'autant que la preuve intellectuelle de cet engagement n'est pas psychologiquement identifiable. Le serment exigé par le projet de loi n'est pas nécessaire pour le bon fonctionnement du service public, seule la conscience du fonctionnaire étant engagée sans effets concrets sur ses relations avec les personnes physiques, usagers ou collègues.

Sur l'article 8

Le projet de loi modifie le champ d'application du fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) pour y inclure les délits prévus aux articles 421-2-5 (délits d'apologie et de provocation aux actes de terrorisme) et 421-2-5-1 du code pénal (extraction, reproduction et transmission de données provoquant à des actes de terrorisme ou en faisant l'apologie pour entraver une procédure de blocage d'un service de communication au public en ligne).

Il prévoit également une modification des conditions d'inscription au FIJAIT en remplaçant le dispositif actuel reposant sur une décision d'inscription expresse de la juridiction par un système d'inscription de plein droit, sauf décision contraire et spécialement motivée.

Par ailleurs, suivant le dispositif retenu, les personnes condamnées ou mises en cause pour des faits visés aux articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du code pénal ainsi qu'aux articles L. 224-1 et L. 225-7 du code de la sécurité intérieure (violation des interdictions de sortie du territoire et non restitution de passeport ou de carte nationale d'identité à l'issue de la notification d'une décision d'interdiction de sortie du territoire ; non-respect d'une mesure d'assignation à résidence ; violation des mesures d'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes) feront l'objet d'une inscription automatique au FIJAIT mais ne seront pas astreintes aux obligations de déclaration d'adresses ou de déplacements. Pour ces infractions, l'inscription au FIJAIT n'entraîne donc pas l'application à l'intéressé de mesures de sûreté.

Concernant la violation du droit au respect à la vie privée

La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en œuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif.

Dans le cadre de sa décision n° 2004-492 du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel a rappelé que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 implique le respect de la vie privée.

L'inscription d'une personne dans le FIJAIT a pour objet, en application des dispositions de l'article 706-25-3 du code de procédure pénale de prévenir le renouvellement des infractions terroristes prévues à l'article 706-25-4 du même code et de faciliter l'identification de leurs auteurs. Cette inscription ne constitue pas une peine mais une mesure de police qui doit répondre aux exigences issues du respect dû à la vie privée des personnes.

En l'espèce, le législateur a, dès l'origine, prévu un certain nombre de garanties dans le cadre de la mise en œuvre du FIJAIT en particulier s'agissant des conditions de l'inscription au sein de ce traitement. En l'état actuel du droit, l'inscription des personnes au FIJAIT est ainsi subordonnée au prononcé de décisions judiciaires limitativement énumérées à l'article 706-25-4 du code de procédure pénale et intervient sur décision expresse du procureur de la République, de la juridiction spécialisée de jugement ou des juridictions de droit commun en fonction de la nature des infractions concernées.

Or, la philosophie du dispositif tel que prévu à l'article 8 du projet de loi est radicalement modifiée puisque les régimes d'inscription et d'effacement du fichier sont celui de l'automatisme. Il est ainsi mis fin au contrôle juridictionnel plein et entier, lequel constitue pourtant une garantie essentielle de nature à assurer un juste équilibre entre la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la vie privée.

A cet égard, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a d'ailleurs émis de sérieuses réserves dans son avis sur ce projet de loi (Délibération CNIL n° 2020-112 du 24 novembre 2020 portant avis sur l'article 3 du projet de loi confortant les principes républicains) : « *La Commission regrette toutefois de ne pas s'être vu communiquer davantage d'informations s'agissant des modalités pratiques de cette inscription de plein droit. Elle s'interroge par ailleurs, en l'absence de dispositions transitoires spécifiques, sur la manière dont ces modifications s'appliqueront aux personnes déjà condamnées et mises en cause et estime que le projet d'article pourrait utilement être complété sur ce point. La Commission s'interroge également sur l'articulation de ce système d'inscription avec le contrôle du magistrat dirigeant le service du casier judiciaire national qui est notamment chargé, comme elle l'avait relevé dans son avis du 3 décembre 2015 susvisé, de vérifier la validité de cette même inscription et dont le contrôle demeure fondamental. De la même manière, elle observe qu'il semblerait qu'une telle modification conduirait à ce que des condamnations non encore définitives puissent être inscrites de plein droit dans le traitement de même que des mises en examen ayant finalement débouché sur un non-lieu, conformément à l'article 706-25-4-1° et 5° du CPP. La Commission rappelle à cet égard la grande vigilance dont il conviendra de faire preuve afin de s'assurer que les données à caractère personnel relatives aux personnes ayant bénéficié de suites favorables soient mises à jour, que les décisions et les condamnations non encore définitives soient indiquées aux différents destinataires des données du FIJAIT, et que le respect des droits des personnes soit assuré afin de garantir la proportionnalité du FIJAIT* ».

Plus loin, cette modification législative s'avère déconnectée des capacités opérationnelles des services judiciaires, lesquels ne sont pas outillés pour mettre en œuvre de telles dispositions.

Actuellement, ce sont essentiellement les juridictions de jugement spécialisées dans le traitement des dossiers terroristes qui décident d'inscriptions dans le FIJAIT (tribunal judiciaire et cour d'appel de Paris), ainsi que le parquet national antiterroriste en ce qui concerne les décisions étrangères prononcées pour des faits de terrorisme contre les Français. En effet, le jugement du délit d'apologie ou de provocations d'actes terroristes relève de la compétence des juridictions de droit commun. Les parquets et juridictions de droit commun sur l'ensemble du territoire acquerront donc une compétence en cette matière.

Seulement, cette nouvelle compétence n'a absolument pas été anticipée de telle sorte que le principe de l'inscription de plein droit engendrera de graves difficultés d'application au préjudice des droits des personnes. La lecture de l'étude d'impact est d'ailleurs effarante à ce sujet en ce qu'il est expressément préconisé de retarder la mise en œuvre de ces dispositions et que « *des consignes pourraient donc être nécessaires visant à retarder les enregistrements de ces dossiers dans l'attente de l'évolution de l'application (à expertiser)* ».

Pour toutes ces raisons, ces dispositions encourent la censure du Conseil constitutionnel en ce qu'elles violent l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Concernant la violation du principe de la rigueur nécessaire

La jurisprudence du Conseil constitutionnel soumet les actes de procédure pénale à un contrôle de la rigueur nécessaire au nom de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 aux termes duquel « *tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

Dans sa décision du 16 septembre 2010 relative au fichier national des empreintes génétiques (FNAEG), le Conseil a ainsi rappelé, comme il l'a fait dans sa décision du 30 juillet 2010 au sujet de la garde à vue, que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale ; que, s'agissant de la procédure pénale, cette exigence s'impose notamment pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » (Cons. const., n° 2010-25 QPC, 16 septembre 2010).

En l'espèce, le Gouvernement a clairement affiché ses motivations en décidant d'élargir le périmètre du FIJAIT, à savoir « *pouvoir en tirer les conséquences dans les enquêtes administratives tendant au recrutement, à l'affectation d'une personne ou de l'octroi d'une autorisation, d'un agrément ou d'une habilitation* » (étude d'impact).

Les objectifs à atteindre ne sont finalement pas tant le suivi des personnes poursuivies pour des faits relevant des articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du code pénal et des articles L. 224-1 et L. 225-7 du code de la sécurité intérieure, que de faciliter l'accès au FIJAIT des services administratifs en charge de ces enquêtes administratives, ce qui apparaît bien loin des finalités assignées au fonctionnement du FIJAIT.

Ainsi, comme le souligne l'étude d'impact, l'inscription de cette population pénale dans ce fichier permettra aux services administratifs ne pouvant accéder au bulletin n°2 du casier judiciaire d'obtenir des renseignements relatifs à l'identité et à l'adresse de la personne inscrite. En effet, il convient de rappeler qu'en application de l'article 776, 1° du code de procédure pénale, les préfets et administrations publiques de l'État peuvent accéder aux informations inscrites au B2 seulement quand ils sont saisis de demandes d'emplois publics, de propositions relatives à des distinctions honorifiques ou de soumissions pour des adjudications de travaux ou de marchés publics ou en vue de poursuites disciplinaires ou de l'ouverture d'une école privée, ainsi que de demandes d'agrément destinées à permettre la constatation par procès-verbal d'infractions à la loi pénale. Or, suivant l'article 706-25-9, 3° du code de procédure pénale, ces entités administratives (l'article R. 50-52 du code de procédure pénale énumère la liste des agents et autorités administratifs disposant d'un tel accès : les préfets, agents de préfecture habilités, les chefs de service ou agents individuellement désignés et habilités par eux) disposent d'un droit d'accès au FIJAIT à l'occasion de la prise de décision relative au recrutement, mais aussi à l'affectation, à la délivrance d'une autorisation, d'un agrément ou d'une habilitation.

Autrement dit, comme les situations autorisant l'accès au FIJAIT sont moins restrictives que celles permettant la délivrance du B2 au bénéfice des services étatiques susmentionnés, l'élargissement du périmètre du fichier s'avère être la voie toute trouvée pour le Gouvernement pour accroître l'accès à son contenu, quitte à dévoyer les objectifs de ce fichier.

La CNIL n'a d'ailleurs pas manqué de relever ces risques de détournement en rappelant que « *l'extension souhaitée du périmètre du FIJAIT en y intégrant de nouvelles infractions liées au terrorisme, ne doit pas, au regard des conséquences que peut avoir sur les personnes concernées la consultation du FIJAIT, être guidée par un simple souci de commodité mais par la nécessité de disposer de ces informations supplémentaires pour atteindre les objectifs poursuivis* ».

L'article 8 du projet de loi conduit en réalité à créer une nouvelle finalité au FIJAIT, en violation du principe de rigueur nécessaire.

Comme le relevait le Conseil d'État dans son avis du 7 avril 2015 sur le FIJAIT, les finalités poursuivies par ce traitement témoignaient notamment de la volonté du Gouvernement de « *créer un dispositif de sûreté constitué par l'obligation faite aux auteurs de ces infractions de signaler leur adresse, leurs déplacements entre la France et l'étranger, et de se présenter à cette occasion personnellement, selon les cas, au commissariat de police, à la brigade de gendarmerie ou au consulat de France* ». Or, en élaborant un régime différencié dans les conséquences de l'inscription au FIJAIT selon que les personnes inscrites sont soumises ou non aux mesures de sûreté (les obligations en application de l'article 706-25-7 du code de procédure pénale), l'article 8 du projet de loi instaure implicitement une nouvelle finalité qui n'est plus d'assurer le suivi de ces personnes, mais de parvenir à une meilleure efficacité des enquêtes administratives mentionnées à l'article 706-25-9 du code de procédure pénale.

Au surplus, ce fichier n'a jusqu'alors concerné que des infractions dites « matérielles » de terrorisme prévues aux articles 421-1 à 421-6 du code pénal, et non pas des infractions d'expression telles que l'apologie de terrorisme et de provocation aux actes terroristes prévues aux articles 421-2-5 et 421-2-5-1 du code pénal, ni celles de violation des interdictions de sortie du territoire, de non remise de passeport ou de carte nationale d'identité, de non-respect d'une mesure d'assignation à résidence et de violation des mesures d'interdiction d'entrer en relation avec certaines personnes.

En effet, si le délit d'apologie publique d'actes de terrorisme est prévu par l'article 421-2-5 du code pénal, qui figure dans le chapitre Ier, intitulé « Des actes de terrorisme », du titre II du livre IV du même code, le législateur n'a pas expressément qualifié cette infraction d'acte de terrorisme. En revanche, le législateur a explicitement qualifié les infractions de droit commun prévues à l'article 421-1, lorsqu'elles sont intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, ainsi que plusieurs infractions spécifiques : terrorisme écologique (article 421-2), association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste (article 421-2-1), financement d'une entreprise terroriste (article 421-2-2), entreprise individuelle terroriste (article 421-2-6).

D'ailleurs, dans son avis du 7 avril 2005 relatif au projet de FIJAIT, le Conseil d'État mentionnait que « *la durée et le contenu des obligations auxquelles les personnes seront astreintes gagneraient, en termes de proportionnalité, à prendre en compte davantage la gravité de l'infraction* » et relevait que le projet soumis était justifié au regard de la particulière gravité des infractions de terrorisme et de la menace que représentent leurs auteurs pour l'ordre public.

C'est dire que ces délits de provocation aux actes de terrorisme et d'apologie de ces actes incriminent des comportements beaucoup moins graves, d'autant qu'ils n'imposent pas que son auteur manifeste une intention terroriste ni de risque avéré de passage à l'acte terroriste, raison pour laquelle ils relevaient de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse avant d'être introduits dans le code pénal par la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. De nombreuses condamnations pour apologie du terrorisme sont d'ailleurs prononcées pour des propos tenus par simples provocations (personnes sous l'empire d'un état alcoolique, mineurs voulant défier l'autorité...) et ont été surtout constatées lors du contexte troublé ayant fait suite aux attentats de 2015, ces poursuites étant en constante baisse depuis 2016.

En conséquence, l'article 8 du projet de loi impose une rigueur non nécessaire à la recherche des auteurs d'infraction, en violation de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

Sur l'article 9

L'article 9 du projet de loi crée une nouvelle infraction visant à sanctionner pénalement les menaces, violences et intimidations ayant pour but d'obtenir une exemption totale, partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement d'un service public.

Ces dispositions sont rédigées comme suit :

Le chapitre III du titre III du livre IV du code pénal est ainsi modifié

1° La section 2 est ainsi modifiée :

a) Le dernier alinéa de l'article 433-3 est complété par une phrase ainsi rédigée : « Le présent alinéa ne s'applique pas aux faits mentionnés à l'article 433-3-1. » ;

b) Il est ajouté un article 433-3-1 ainsi rédigé :

« Art. 433-3-1. – Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait d'user de menaces ou de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation à l'égard de toute personne participant à l'exécution d'une mission de service public, afin d'obtenir pour soi-même ou pour autrui une exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service.

« Lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de constituer l'infraction prévue au premier alinéa, le représentant de l'administration ou de la personne de droit public ou de droit privé à laquelle a été confiée la mission de service public dépose plainte. » ;

2° Après l'article 433-23, il est inséré un article 433-23-1 ainsi rédigé :

« Art. 433-23-1. – L'interdiction du territoire français peut être prononcée dans les conditions prévues à l'article 131-30, soit à titre définitif, soit pour une durée maximale de dix ans, à l'encontre de tout étranger coupable de l'infraction prévue à l'article 433-3-1. »

Cet article vise donc à insérer, dans la section du code pénal relative à la répression des menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique, un nouvel article 433-3-1 créant un « *délit de séparatisme, caractérisé par des actions destinées à se soustraire à l'application des règles communes en matière de service public* » (Rapport n° 454 de Mmes Jacqueline EUSTACHE-BRINION et Dominique VERIEN fait au nom de la commission des lois, déposé le 18 mars 2021).

Sur la violation du principe de légalité des délits et des peines

Aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (DDHC), « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* », et de l'article 34 de la Constitution, « *La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats* ».

Le Conseil constitutionnel juge, sur le fondement de ces dispositions, dont découle le principe de légalité des délits et des peines, qu'il appartient au « *législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* » (Cons. const., n° 80-127 DC, 20 janvier 1981, Rec. p.15). Le législateur doit rédiger la loi « *dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire* » (Cons. const., n° 96-377 DC, 16 juillet 1996, cons. 11).

Des principes similaires existent au niveau européen puisque la CEDH estime que l'exigence de restrictions « prévues par la loi » n'est pas purement formelle mais comporte également une dimension substantielle. La Cour de Strasbourg a ainsi jugé : « *L'une des exigences découlant de l'expression « prévue par la loi » est la prévisibilité. On ne peut donc considérer comme « une loi » qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; [...] il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent découler d'un acte déterminé. [...] La Cour rappelle qu'une norme est « prévisible » lorsqu'elle offre une certaine garantie contre des atteintes arbitraires de la puissance publique [...]. Une loi conférant un pouvoir d'appréciation doit en fixer la portée » (CEDH, Tommaso c/ Italie, 23 févr. 2017, req. n° 43395/09, § 107).*

Le principe de légalité des délits et des peines, qui a pour corollaire le principe de sécurité juridique ainsi que celui de prévisibilité de la loi et de la sanction, implique donc que les formules employées par la loi ne soient ni obscures, ni imprécises, ni ambiguës (Cons. const., n° 2012-225 QPC, 30 mars 2012, cons. 4) ou équivoques (Cons. const., n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, cons. 75).

En l'espèce, en dépit des réécritures successives au gré des étapes parlementaires, cette infraction prévue au nouvel article 433-3-1 du code pénal demeure à plusieurs titres rédigée de manière bancale, en violation des exigences d'intelligibilité et de prévisibilité de la loi pénale.

Premièrement, cette incrimination vise une catégorie nouvelle d'individus à protéger, à savoir les personnes « *participant à l'exécution d'une mission de service public* ». Or, cette notion inédite de « participation à l'exécution d'une mission de service public » manque de clarté, comme le reconnaissent d'ailleurs les rapporteurs de la commission des lois au Sénat en considérant que « *le périmètre exact de cette notion ne paraît pas avoir été défini clairement* ».

Une confusion naît de ce que la catégorie de victimes ainsi élaborée chevauche plusieurs autres catégories : celles d'« agents publics », de « personnes chargées d'une mission de service public » et de « personnes dépositaires de l'autorité publique ». Au surplus, plusieurs interprétations sont possibles quant à la question de savoir ce que recouvre le concept de « participation à l'exécution ».

Dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'État, estimant devoir clarifier les notions, a alors considéré que « *les catégories de victimes, « agents publics » et « toute autre personne chargée d'une mission de service public » visent toute personne œuvrant au sein du service public, quels que soient son statut, ses fonctions et ses responsabilités* » et que les élus participant à une mission de service public au sein d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public étaient compris dans ces dispositions.

A l'Assemblée Nationale, la définition a pris une autre tournure puisqu'il a été considéré que les personnes chargées de l'exécution d'une mission de service public étaient celles qui ne disposent pas d'un pouvoir décisionnel ou contraignant en matière de service public. Puis,

l'ambiguïté a été telle que la commission des lois au Sénat a adopté un amendement (amendement COM- 195 du groupe socialiste, écologiste et républicain) précisant que les détenteurs d'un mandat électif font partie des personnes protégées par cet article.

Force est donc de constater que le périmètre de cette nouvelle catégorie de victimes est flou et qu'il demeure très malaisé de définir si les personnes visées sont de simples exécutants de missions de service public pour le compte de l'État ou bien disposent d'un pouvoir autonome et d'une autorité hiérarchique. Le champ d'application de l'infraction est d'autant plus brouillé que les personnes chargées d'une mission de service public, autrement dit des personnes qui ne disposent pas, à la différence de celles dépositaires de l'autorité publique, de pouvoirs décisionnels ou contraignants, exercent une fonction ou une mission d'intérêt général, permanente ou temporaire, et ce faisant participent également à l'exécution d'une mission de service public.

Deuxièmement, la formulation tenant à l'« exemption totale ou partielle ou une application différenciée des règles qui régissent le fonctionnement dudit service » est pour le moins alambiquée.

Faute de pouvoir limiter l'infraction à des actions motivées par la religion comme cela était prévu dans la première version du texte, ce que n'a pas manqué de critiquer le Conseil d'État au regard du principe d'égalité, le gouvernement s'est affranchi de toute rigueur rédactionnelle.

En effet, la référence aux règles régissant le service public en cause et l'appréciation des écarts répréhensibles à ces règles vont conduire à devoir établir les motifs à l'origine des comportements illicites et, par-là, les convictions de l'auteur. La prise en compte dans la caractérisation de l'infraction des buts pour lesquels celle-ci est commise va ainsi s'imposer.

Or, la notion de « règles régissant le fonctionnement d'un service public » est extrêmement large. D'une part, il existe autant de règles de fonctionnement que de services publics. D'autre part, cette condition suppose que les usagers soient préalablement informés du contenu de ces règles, ce qui est concrètement impossible, compte tenu de la très grande diversité des modalités d'organisation du service public et des conditions dans lesquelles il peut être confié à un organisme qu'il soit de droit privé ou de droit public.

Plus loin, il convient de relever que ce dol spécial va être d'autant plus difficile à caractériser qu'il n'est accompagné d'aucune obligation de résultat. En effet, l'exemption ou l'application différenciée n'ont pas à être consommées.

Troisièmement, la très forte proximité de cette nouvelle incrimination avec celle prévue à l'article 433-3 du code pénal va de façon manifeste concourir à une insécurité juridique.

Le fait que le 1° du nouvel article 433-3-1 du code pénal précise que le dernier alinéa de l'article 433-3 ne trouve pas à s'appliquer aux faits mentionnés à l'article 433-3-1 nouveau (étant indiqué que ce dernier alinéa l'article 433-3 réprime les actes de menace, violence ou intimidation à l'égard d'un élu, fonctionnaire ou magistrat ou de toute personne dépositaire de

l'autorité publique, destinés à obtenir d'elle qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte lié à sa fonction) crée en effet une confusion supplémentaire.

Les risques de chevauchement entre ces deux articles et, ce faisant, de concours d'infractions sont réels. Partageant les mêmes éléments constitutifs et les mêmes valeurs sociales à protéger, mais avec des peines encourues différentes, les choix de poursuites ne pourront être guidés que par l'arbitraire.

En s'arc-boutant à vouloir créer une nouvelle pénalité, le millefeuille juridique en devient illisible, ce que n'a d'ailleurs pas manqué de relever le Conseil d'État dans son avis sur ce projet de loi en soulignant que « *le code pénal comporte de nombreuses incriminations relatives aux menaces, intimidations ou violences contre des personnes, sans que celles-ci soient toujours claires et bien articulées entre elles* » et en suggérant « *au Gouvernement d'engager une réflexion afin de leur donner plus de lisibilité et de cohérence* ».

En conséquence, pour toutes ces raisons, l'article 9 du projet de loi viole le principe de légalité des délits et des peines et doit à ce titre être censuré.

Concernant la violation du principe de nécessité et de proportionnalité des peines

Parce que les sanctions pénales ne doivent pas porter une atteinte excessive au respect des libertés fondamentales, elles doivent être strictement nécessaires et proportionnées. Ainsi, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 énonce que « *les lois ne doivent établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ».

Se fondant sur ce texte, le Conseil constitutionnel n'hésite pas à censurer des dispositions législatives prévoyant des peines disproportionnées au regard du comportement qu'elles sanctionnent (Cons. const., n° 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981).

En l'espèce, ce « délit de séparatisme » constitue l'un des fétiches pénaux de ce projet de loi et symbolise la judiciarisation de ce concept de séparatisme. En clair, le gouvernement se devait de marquer du sceau répressif cette doctrine politique, quitte à contribuer à un imbroglio législatif.

Contrairement à ce qui est asséné dans différents cénacles, l'autorité judiciaire dispose d'un arsenal juridique suffisant pour réprimer les comportements visés. Elle l'investit d'ailleurs largement à lire la palette de condamnations détaillées dans l'étude d'impact. Ainsi, l'article 433-3 du code pénal renvoie à une incrimination générale des faits de menaces et d'actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique.

Les 3 premiers alinéas de l'article introduisent un dispositif pénal de protection de la personne au regard de sa fonction, en le préservant ainsi que les membres de sa famille restreinte et de ses proches de toute menace, et ce nonobstant le mobile de ces attaques et violences verbales. Sont ainsi réprimés d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, les faits de menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes et les biens.

L'alinéa 4 prévoit un deuxième niveau de protection en définissant une aggravation de la peine suivant le type de menaces proférées ; lorsqu'il s'agit de menaces de mort ou d'atteinte aux biens dangereuse pour les personnes, la peine est alors portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

Un troisième niveau de protection, visé à l'alinéa 5, repose sur le mobile des faits de menaces, de violences, et de tout acte d'intimidation perpétrés à l'encontre des personnes exerçant une fonction publique, ces faits étant sanctionnés d'une peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende.

Il convient par ailleurs de préciser que la jurisprudence retient une conception large de l'acte d'intimidation. A ainsi été jugé que « *constitue, même en l'absence de violences, un acte d'intimidation au sens de l'article 433-3 l'action concertée de plusieurs personnes, de nature à empêcher un officier ministériel d'accomplir sans le concours de la force publique, un acte de sa fonction* » (Crim. 18 mai 1999, n° 98-80.482). Or, force est de constater que cette définition répond pleinement au comportement visé par le nouvel article 433-1-1 contesté.

Plus loin, l'article 434-8 du code pénal punit ces mêmes actes de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'ils sont commis envers un magistrat, un juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, un arbitre, un interprète, un expert ou l'avocat d'une partie en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions. Ce texte s'attache à une spécificité de la fonction liée à l'activité juridictionnelle.

L'article 433-6 du code pénal réprime quant à lui la rébellion, définie comme le fait d'opposer une résistance violente à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant, dans l'exercice de ses fonctions, pour l'exécution des lois, des ordres de l'autorité publique, des décisions ou mandats de justice.

Toutes ces incriminations, qui ont l'avantage de ne pas tenir compte du motif particulier ayant animé l'auteur des actes de menaces et d'intimidation, sont tout à fait mobilisables pour réprimer les personnes en ligne de mire du Gouvernement, sans qu'il y ait d'ailleurs besoin de sonder un quelconque « mobile séparatiste » sujet à moult interprétations juridiques et factuelles.

Il s'ensuit que cette nouvelle infraction n'est ni proportionnée, ni nécessaire, et encourt par conséquent la censure constitutionnelle.

Sur les articles 12, 13 et 14.

Il y a 50 ans presque jour pour jour, le Conseil constitutionnel rendait ce qui est aujourd'hui la décision la plus importante de son histoire. S'il avait préalablement mentionné « la Constitution et notamment son préambule » dans les visas d'une décision du 19 juin 1970 (Décision n° 70-39 DC du 19 juin 1970, *rec.* 21), c'est la décision du 16 juillet 1971 qui reste le moment historique de « *la consécration explicite et définitive de la valeur constitutionnelle du préambule* » (J. Rivero, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle? », *D.*, 1972, chr. 266). Cette

consécration, cela est bien connu, le Conseil y procède en se référant aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution* » et en y rangeant « *le principe de la liberté d'association* » (Décision n° 71-44 DC du 17 juillet 1971, *rec.* 29). On rappellera que le Conseil d'État avait précédé le Conseil constitutionnel dans cette initiative sous la IV^{ème} République dans son arrêt *Amicales des Annamites de Paris* (Conseil d'État, Ass., 11 juillet 1956, *rec.* 317), confirmé sous la V^{ème} République par l'arrêt d'assemblée rendu le 2 janvier 1988, *Association "Les Cigognes"* (*rec.* 37).

C'est donc dire si la valeur constitutionnelle de la liberté d'association s'est imposée comme une donnée essentielle des principes de la République française après la seconde guerre mondiale, là où, en raison de la configuration spécifique de ses lois constitutionnelles, la III^{ème} République ne pouvait faire plus que lui conférer une valeur législative avec la loi du 1^{er} juillet 1901.

On ne pourra donc, à titre liminaire, que soulever le paradoxe, 120 ans après la loi de 1901 et 50 ans après la grande décision du Conseil constitutionnel à voir invoquer « le respect des principes de la République » pour contrôler et restreindre, certes non pas ici la création elle-même des associations (sauf pour ce qui concerne les associations culturelles, pour lesquelles la loi revient sur le régime déclaratif, voir *infra*), mais leurs modalités de fonctionnement et d'organisation. Les dispositions contestées soumettent en effet ces modalités au pouvoir discrétionnaire – pour ne pas dire à l'arbitraire – des autorités administratives, d'une part, et font encourir à leurs dirigeants des sanctions pénales « *ni strictement et évidemment nécessaires* » comme l'exige l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ni proportionnées, comme l'exige votre jurisprudence.

Car les principes et les valeurs de la République dont il est question dans la loi soumise à votre examen sont bien floues, incertaines et sujettes – les longs mois de débats législatifs houleux en attestent – à des conceptions et réappropriations contradictoires.

Rappelons par exemple que la conception de la République avait été située au cœur des oppositions entre les constituants du premier projet de constitution d'avril 1946. Édouard Herriot pouvait ainsi expliquer peu avant le vote définitif du projet par l'Assemblée nationale Constituante : « M. Jacques Duclos a dit : "*nous voterons la Constitution pour défendre la République*". Eh bien, voyez ce que sont les problèmes de conscience : nous, c'est pour défendre la République que nous combattons votre Constitution » (2^{ème} séance du 19 avril 1946, *J.O.*, p. 2058).

Ce très bref rappel historique n'est qu'une illustration de ce que les conceptions de la République sont multiples. Il y a dès lors fort à parier que les positions contrastées qui ont pu s'exprimer il y a 75 ans au niveau constituant comme il y a à peine quelques jours au parlement se retrouveront au moment de l'application des dispositions de la loi qui vous est soumise par les autorités administratives nationales ou locales. Celles-ci pourront à bon compte invoquer telles ou telles valeurs de la République pour refuser leur soutien à telle ou telle association.

Et il n'est pas certain que face au pouvoir discrétionnaire de l'administration les tribunaux administratifs, ni même le Conseil d'État parviennent à unifier les interprétations et les pratiques, d'autant qu'il n'est pas certain non plus que l'ensemble des associations concernées aient une égale possibilité de fait d'agir justice contre une décision défavorable dont elles feraient l'objet. La configuration des rapports politiques locaux sera en effet prédominante.

Le cadre général des fortes menaces pesant sur la liberté de fonctionnement et d'organisation des associations, et par conséquent sur la vie associative, étant relevé, c'est maintenant les dispositions les plus problématiques de ce chapitre II que nous souhaiterions pointer plus précisément.

L'article 12 soumet toute association ou fondation sollicitant l'octroi d'une subvention auprès d'une autorité administrative à la souscription d'un « contrat d'engagement républicain ». En cas de refus de souscrire au contrat la subvention pourra être refusée ; en cas d'irrespect, elle pourra être retirée. Cet article est contraire au principe de la liberté d'association sus-évoquée, et est entaché d'imprécision, d'absence de clarté et d'incompétence négative.

Comme le Conseil constitutionnel l'exige en effet de façon constante depuis au moins 2001, (décision 2001-455 DC, du 12 janvier 2002, cons. 9) : *« il appartient au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution ; qu'il doit, dans l'exercice de cette compétence, respecter les principes et règles de valeur constitutionnelle et veiller à ce que le respect en soit assuré par les autorités administratives et juridictionnelles chargées d'appliquer la loi ; qu'à cet égard, le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »*.

Sur plusieurs aspects, l'article 6 de la loi contestée ne répond pas à ses exigences et ne permet pas de prémunir les associations contre des interprétations contraires à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire.

Concernant la liberté d'association

Premièrement, l'exigence même de ce contrat d'engagement républicain est contraire à la liberté d'association. Celui-ci ne vaut pas seulement pour le moment de la création des associations mais aussi celui de leur organisation et de leur fonctionnement. Les associations se voient en effet priver d'une source de ressources financières dès lors que ses dirigeants ne voudraient pas, sur le fondement de leur liberté d'action, souscrire à ce contrat, alors même qu'ils ne portent aucune atteinte aux valeurs de la république, voire s'engagent pour elles. Il en résulte alors une rupture d'égalité entre les associations selon qu'elles aient consenti ou non à souscrire au contrat précisément au nom même de la liberté d'association.

Il importe d'ailleurs de rappeler qu'en l'état actuel du droit, il n'existe pas de droit des associations à l'obtention de subventions que ce soit de la part d'autorités publiques ou

d'organismes chargés de services publics industriels et commerciaux. De sorte que, d'ores et déjà, ces autorités disposent d'un pouvoir d'appréciation dans le choix d'accorder, ou non, des subventions sollicitées dans les limites de la légalité (notamment, exigence de non-discrimination). Dès lors, *stricto sensu*, la loi n'est de ce point de vue pas nécessaire, et elle ne l'est pas *a fortiori* dans la mesure où elle fait peser des risques accrus sur la liberté associative.

Concernant l'inconstitutionnalité du contenu du contrat

Deuxièmement, à supposer que vous n'estimiez pas que l'exigence du contrat d'engagement républicain est elle-même inconstitutionnelle, elle l'est plus certainement encore au regard du contenu du contrat. L'association doit en effet s'engager à « 1°) *À respecter les principes de liberté, d'égalité, de fraternité et de dignité de la personne humaine, ainsi que les symboles de la République au sens de l'article 2 de la Constitution ; 2°) À ne pas remettre en cause le caractère laïque de la République ; 3°) À s'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public* ».

Nombre de ces termes sont sujets à des interprétations contradictoires ou sont d'un degré de généralité tel qu'ils peuvent conduire à refuser ou retirer des subventions pour tout type d'action supposée ou avérée de l'association. L'imprécision de ces termes ne permet donc pas d'encadrer suffisamment le pouvoir des autorités administratives et place l'exercice de la liberté d'association sous le coup de décisions reposant sur leur appréciation arbitraire.

Il en va tout d'abord ainsi du principe de dignité dont certains ont pu relever qu'il était « schizophrénique » (J.-M. Bruguière, « dignité schizophrène », *D.* 2005, *chron.* p. 1169) ou le « plus flou des concepts » (O. Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janv. 2003, p.14). Ses ambiguïtés ont été relevées jusque dans le rapport du Comité présidé par Simone Veil qui intitule l'un de ces paragraphes relatif au principe « Un contenu multiple et incertain » et choisit pour cette raison de ne pas en recommander l'inscription dans un préambule constitutionnel renouvelé et actualisé (p. 93) (*Redécouvrir le Préambule de la Constitution - Rapport du comité présidé par Simone Veil*, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000758/0000.pdf>, p. 87).

L'imprécision caractérise également la référence au « caractère laïque de la République » notamment quand on connaît les évolutions dont a fait l'objet la compréhension du concept de laïcité. Là encore les débats parlementaires sur la présente loi, mais aussi depuis plusieurs années les séries d'arrêts des juridictions administratives sur les crèches de Noël dans les mairies ou sur les ports de signes religieux dans les services publics puis l'espace public ont montré que l'interprétation des exigences liées à la laïcité variaient fortement d'un groupe d'élu local ou national à l'autre.

Surtout, on peine à comprendre l'intérêt de cette disposition. Le principe de laïcité s'applique déjà à l'octroi de subventions par les collectivités locales. Elles ne peuvent subventionner aucun culte d'après la loi de 1905 de séparation des Églises et de l'État. C'est le législateur lui-même qui a aménagé ce principe pour la construction de lieux de culte. Le Conseil d'État encadre l'octroi de subventions à des projets d'intérêt public en rapport avec les cultes par les

critères suivants dégagés par des arrêts du 19 juillet 2011 (Conseil d'État, assemblée, 19 juillet 2011, n°308544, Commune de Trélazé ; Conseil d'État, assemblée, 19 juillet 2011, n°308817, Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. Picquier ; Conseil d'État, assemblée, 19 juillet 2011, n°309161, Communauté urbaine Le Mans Métropole). Le projet doit répondre à un intérêt public local, autrement dit, il doit poursuivre un autre intérêt qu'un intérêt purement culturel (un intérêt touristique par exemple), il doit respecter strictement les principes de neutralité et d'égalité, et exclure toute libéralité. Pour que ce dernier critère soit rempli, une convention doit être signée fixant justement l'objet et la destination de la subvention et en prévoyant des contreparties. Autrement dit, le droit administratif organise déjà l'encadrement de l'octroi de subventions pour éviter toute atteinte à la laïcité.

L'imprécision frappe également la référence à l'ordre public. L'engagement de « *S'abstenir de toute action portant atteinte à l'ordre public* », non seulement peut être de nature à restreindre la liberté d'action d'associations portant certaines causes humanistes et sociales par crainte que les actions en question ne soient considérées comme des troubles à l'ordre public, mais en outre, plus généralement, comment être assuré qu'une action de l'association ou de ses membres ne troublent pas à un moment ou un autre l'ordre public ?

Les associations, comme tout un chacun, sont bien entendu soumises au respect de la loi. Il n'en reste pas moins que, par leur objet même ou encore par les modalités d'action qu'elles retiennent, certaines associations peuvent être amenées à se placer aux confins du respect de l'ordre public, voire choisir de le troubler pour que la cause qu'elles poursuivent soit visible, entendue ou tout simplement soit rendue effective. Il suffit pour s'en convaincre de songer aux associations humanistes (comme par exemple la Cimade ou le Secours catholique) d'aide aux migrants ou aux personnes qui se trouvent dans l'irrégularité au titre des règles relatives au séjour sur le territoire national, ou encore à certaines modalités d'action militante (occupations, protestations, manifestations, *sitting*...).

Au-delà de la liberté d'association, c'est l'idée même de contre-pouvoir et la légitimité d'actions dites de désobéissance civile qui sont ici mises en cause, étant entendu qu'il existe par ailleurs dans le droit français un grand nombre de dispositions qui permettent de sanctionner, le cas échéant, les abus de l'action militante : attroupement sur la voie publique (art. 431-3 du Code pénal), violation de domicile (226-4 du Code pénal) ou délit d'entrave au travail (431-1 du Code pénal), dégradations (322-1 du Code pénal). La question n'est donc pas de savoir si les débordements ou abus de l'action militante peuvent être sanctionnés (ils le peuvent) mais si et dans quelle mesure le fait de conditionner l'obtention de subventions au respect de l'ordre public pourrait paraître disproportionné au regard du risque d'entrave à l'action associative et de l'objectif de lutter contre les séparatismes. La question mérite d'être posée en tant que telle parce qu'il en va d'une atteinte à la plénitude du principe constitutionnel de la liberté d'association qu'il importe de protéger contre des atteintes dissimulées qui prendraient la forme de sanctions financières mettant en péril l'action associative.

Troisièmement, à propos du retrait de la subvention, l'alinéa 9 de l'article 6 se borne à affirmer, « *S'il est établi que l'association ou la fondation bénéficiaire d'une subvention*

poursuit un objet ou exerce une activité illicite ou que l'activité ou les modalités selon lesquelles l'association ou la fondation la conduit sont incompatibles avec le contrat d'engagement républicain souscrit, l'autorité ou l'organisme ayant attribué la subvention procède au retrait de cette subvention par une décision motivée », sans préciser qui établit l'incompatibilité avec le contrat d'engagement républicain. L'article 6 est donc sur ce point imprécis et entaché d'incompétence négative.

Retrait de subvention ayant le caractère de sanction

Le pouvoir reconnu ici à l'administration apparaît en outre comme parfaitement inutile. Il existe en effet déjà un régime de sanction contre les associations poursuivant un objet ou exerçant une activité illicite. Le régime de contrôle administratif des associations comprend dès la création de l'association une vérification de la licéité de son objet. Les associations sont en outre, comme toute personne morale, responsable pénalement de leurs actes. L'exercice de la liberté d'association est donc soumis à un contrôle administratif parfaitement suffisant pour atteindre l'objectif visé ici par le législateur.

Afin d'éviter que le contrôle de la liberté d'association ne devienne un contrôle politique, l'Administration ne pouvait en effet poursuivre la dissolution de l'association que devant le juge judiciaire, avait ainsi prévu la loi de 1901. Autrement dit, dans l'esprit des rédacteurs de la loi de 1901 c'est le juge judiciaire et non l'Administration qui est compétente pour prononcer toute sanction qui porte atteinte à la liberté d'association. Le principe constitutionnel dégagé dans la décision de 1971 met donc cette liberté sous la sauvegarde du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle selon les termes de la Constitution de 1958. Autrement dit, la sanction de l'irrespect du contrat ne peut pas être prononcée par l'Administration. L'Administration devrait poursuivre la résiliation du contrat et la restitution des sommes devant le juge judiciaire.

On rappellera en effet ici que lorsqu'une sanction porte sur l'exercice même d'une liberté, c'est le juge judiciaire qui est seul compétent pour la prononcer. C'est ce que le Conseil constitutionnel a dégagé très clairement dans la décision HADOPI. Or le retrait de la subvention s'analysant comme une sanction ayant le caractère d'une punition, il doit donc respecter le régime protecteur instauré par le Conseil constitutionnel lui-même dans les décisions COB et CSA de 1989.

Premièrement, s'agissant de la précision de l'incrimination, comme cela vient d'être souligné, les principes qui fondent l'incrimination (laïcité, liberté, égalité fraternité, caractère républicain) ne peuvent remplir en aucun cas ce principe cardinal du droit pénal.

Deuxièmement, le principe de légalité de l'incrimination implique par ailleurs que l'infraction soit définie dans un texte, qui n'a pas à être une loi, sauf dans le cas où la sanction porte sur l'exercice d'une liberté fondamentale. En renvoyant en l'occurrence à un contrat conclu entre l'administration et l'association le soin de préciser les incriminations, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence.

Troisièmement, concernant la nécessité des délits et des peines, le législateur instaure ici une peine qui n'est pas nécessaire car il existe déjà des mécanismes de sanctions (dissolution, poursuites pénales) pour les comportements visés par cette loi.

Quatrièmement, la procédure n'est pas non plus respectée, car les droits de la défense ne sont pas précisés par la loi. Le législateur organise le contradictoire par le renvoi à une disposition du Code des relations entre le public et l'Administration (article L. 121-1). Cet article ne concerne pas les sanctions administratives, mais les décisions administratives défavorables devant être motivées. Or, le législateur organise ici le cumul des fonctions de poursuites, d'instruction et de décision entre les mêmes mains.

L'obligation de respecter une procédure protectrice peut bénéficier en outre d'un autre fondement. Le retrait de la subvention s'analyse en effet comme une obligation de caractère civil déclenchant l'application des principes du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Or, le procès équitable n'est pas organisé de façon satisfaisante par le législateur ici. On rappellera également que lorsque la procédure de sanction administrative ne respecte pas les conditions de l'article 6, la personne poursuivie doit bénéficier d'un recours de pleine juridiction devant un organe indépendant et impartial. En l'espèce, l'organe prononçant le retrait n'est ni indépendant ni impartial. Dès lors un recours de pleine juridiction devrait être organisé, ce que le législateur omet ici de faire.

Si le Conseil devait estimer que la décision ne relève pas de la catégorie des sanctions ayant le caractère d'une punition (ce qui l'exposerait tout de même à un contrôle de la CEDH)², il estimerait tout de même que les garanties d'impartialité entourant le prononcé d'une décision portant atteinte à la liberté d'association ne sont pas réunies. A notre sens, seule l'attribution de la décision de retrait au juge judiciaire permet de garantir l'impartialité de la décision en distinguant nettement les phases de poursuite de la phase de prise de décision.

Sur le fondement de l'ensemble des développements qui précèdent, l'article 13 doit être également déclaré contraire à la constitution en ce qu'il n'est pas détachable de l'article 12.

L'article 14 doit enfin être déclaré contraire à la Constitution en ce qu'il soumet les conditions d'agrément pour obtenir la qualité d'association reconnue d'utilité publique au respect du même contrat d'engagement républicain, avec les mêmes incertitudes et risques d'arbitraire des autorités d'administratives compétentes.

² Ce d'autant plus que la Cour de cassation a jugé qu'une subvention donnée dépossède la personne publique de ce bien, qui vient enrichir en conséquence l'association bénéficiaire. Dès lors, le retrait de la subvention porte également atteinte du droit au respect de la propriété du bien, organisé par l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la CSDH (Voir : « la ville de Paris ne détenait plus aucun droit sur des fonds dont la propriété avait été transférée à l'association, bénéficiaire des subventions » Crim. 17 décembre 2008, n°07-87.611, Bull. crim. n°257).

Sur l'article 16

Le texte de loi adopté par le Parlement redéfinit les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir du président de la République de prononcer la dissolution administrative d'associations. Les dispositions de l'article 16 de la loi déferée font peser une atteinte considérable à la liberté constitutionnelle d'association (sur l'importance de laquelle dans la jurisprudence constitutionnelle, voir *supra*).

Le pouvoir de dissolution administrative d'associations qui échoit au président de la République, trouve son origine dans la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et aux milices privées, adoptée en réponse aux événements du 6 février 1934. Il s'agit d'une mesure de police qui, par sa nature extrême, ne peut être prononcée que dans un nombre limité de cas (7 cas) aujourd'hui listés à l'article 212-1 du Code de la sécurité intérieure. Il en a été fait usage environ 130 fois depuis 1937, même si l'on note une relative accélération depuis 10 ans (environ 30 dissolutions sur la période 2010-20). Certains décrets de dissolution ayant été contestés en justice, on peut encore observer que le contrôle du juge administratif sur ces mesures est un contrôle dit normal, c'est-à-dire un contrôle par lequel le juge se borne à vérifier que les éléments de fait mis en avant par l'exécutif correspondent aux catégories législatives. De ce point de vue, la qualité même de ces catégories importe grandement au regard de la préservation de la liberté d'association vis-à-vis de ce pouvoir restrictif de police.

Or les dispositions réunies à l'article 16 de la loi déferée sont très vastes dans leur formulation ; en tant que telles, elles élargissent le pouvoir de police détenu par le chef de l'Etat d'une manière telle qu'elles font peser sur la liberté d'association une menace inconstitutionnelle.

Emblématique de ce point de vue est la disposition du texte qui entend permettre la dissolution des associations « appelant à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens ». Il faut, pour prendre la pleine mesure de cette proposition de modification, la comparer à l'état actuel du texte, qui permet la dissolution des associations « appelant à des manifestations armées dans la rue ». On peut ainsi déceler, dans le passage de cette dernière formulation à celle envisagée par le projet de loi, un renversement dans la philosophie même de ce pouvoir présidentiel : il n'y a en effet pas grand rapport entre un pouvoir qui permet au président de la République de faire pièce aux associations appelant à des manifestations armées et un pouvoir qui permet la dissolution des associations appelant à des agissements violents à l'encontre des personnes ou des biens. Une mesure de protection de la démocratie devient une mesure de maintien de l'ordre public. Il s'agit bien ici d'un élargissement substantiel des conditions permettant de procéder à la dissolution administrative d'associations de telle ampleur qu'une atteinte inconstitutionnelle est portée à la liberté d'association. Il suffit de songer à ce qui resterait de la liberté d'association dans un État où le chef de l'Etat pourrait prendre appui sur certaines formes contemporaines de l'action militante et associative contemporaine (occupation de lieux et biens privés, dégradation de biens publics et privés...) pour prononcer la dissolution administrative d'associations, sans même que soient le cas échéant mis en mouvement le droit pénal qui, dans nombre de ses dispositions, permet déjà la sanction d'abus de la liberté d'association. En d'autres termes, la

dissolution administrative des associations est une mesure extrême dont l'équilibre entre libertés et sécurité nécessite qu'elle demeure rare. De ce point de vue, les nombreux élargissements prévus par le texte sont de nature à faire peser une menace inconstitutionnelle sur la liberté d'association.

En outre, le texte soumis à votre contrôle prévoit encore (Art. 16) l'insertion d'une nouvelle disposition du Code de la sécurité intérieure ainsi rédigée :

« Art. L. 212-1-1. – Pour l'application de l'article L. 212-1, sont imputables à une association ou à un groupement de fait les agissements mentionnés au même article L. 212-1 commis par un ou plusieurs de leurs membres agissant en cette qualité ou directement liés aux activités de l'association ou du groupement, dès lors que leurs dirigeants, bien qu'informés de ces agissements, se sont abstenus de prendre les mesures nécessaires pour les faire cesser, compte tenu des moyens dont ils disposaient ».

Ici encore, l'imprécision comme le caractère extensif de la disposition sont de nature à la frapper d'inconstitutionnalité. Ainsi, la loi ne précise pas ce qu'il convient d'entendre par « membre (d'une association) agissant en cette qualité ». Le membre des restaus du Cœur qui indique cette appartenance sur son compte Twitter et y tient des propos de nature à actionner la mise en œuvre de l'article L.212-1 du CSI agit-il « en sa qualité » de membre de l'association ? Une telle hypothèse suffit à prouver le caractère inapplicable (et donc, potentiellement arbitraire) d'une telle disposition. De même, l'article 16 ne délimite pas les contours de la notion d'« information » qui détermine pourtant l'imputabilité juridique aux dirigeants d'associations de faits reprochés à certains membres : quels critères, quel standard de l'information d'un dirigeant doit trouver à s'appliquer ici ? Et quelles sont les mesures nécessaires de nature à faire cesser les agissements problématiques de membres visées par le texte ? La confusion que le texte cherche ici à opérer entre la responsabilité juridique de l'association personne morale et celle des personnes physiques qui la composent est à l'origine de ces incertitudes et complexités du texte. Reste qu'en matière de libertés fondamentales, un tel niveau de complexité est de nature à caractériser une inconstitutionnalité, ne serait-ce qu'en raison du risque d'arbitraire administratif dans la mise en œuvre du texte qu'il génère.

Sur l'article 36

L'article 36 crée un nouveau délit inséré après l'article 223-1 du Code pénal : *« le fait de révéler, de diffuser ou de transmettre, par quelque moyen que ce soit, des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier ou de la localiser aux fins de l'exposer, elle ou les membres de sa famille, à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ».*

Cette disposition soulève plusieurs problèmes d'ordre constitutionnel.

Concernant l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi :

Premièrement, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques. Or, l'expression « *informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier* » est particulièrement équivoque. En omettant de fixer la liste des informations visées par l'infraction, le législateur a généré un champ d'application virtuellement illimité quant à l'élément matériel de l'infraction. Il suffit en effet de publier, par l'intermédiaire d'une tribune ou sur un réseau social, le nom et le prénom d'une personne pour qu'une information « permettant de l'identifier » soit caractérisée, ce qui ouvre la voie à de nombreuses procédures arbitraires. En cela, le texte soumis à votre examen paraît ne pas se conformer à votre exigence selon laquelle une disposition législative doit « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Ici, le risque d'arbitraire est particulièrement grand à la lecture de l'expression contestée, la formule « *vie privée* », non définie dans le contexte de la loi, étant susceptible d'interprétations fort larges ; en conséquence, la disposition contestée s'avère inintelligible.

En deuxième lieu, vous rappelez de manière tout aussi constante que « *le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration de 1789, l'obligation de fixer lui-même 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* » (v. par exemple votre décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, §12). La disposition figurant à l'article 36 de la loi soumise à votre examen manque gravement de précision et de clarté, à au moins deux égards. D'une part, l'expression « *informations relatives à la vie privée [...] d'une personne permettant de l'identifier* » est trop imprécise, comme indiqué plus haut. D'autre part, la notion d'exposition « à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens » est elle aussi particulièrement imprécise, dès lors que rien ne vient distinguer le risque « *direct* » du risque « *indirect* » d'atteinte. La lecture de l'exposé des motifs de l'amendement introduisant cette formulation la rend encore plus obscure encore : celle-ci y apparaît comme devant permettre « *de mieux adresser l'objectif du texte : viser un lien direct et réel entre la diffusion d'informations et le risque auquel une personne peut être exposée* » (amendement [adopté] n°1771 présenté par Mme Avia et M. Boudié le 15 janvier 2021, exposé des motifs). Or, contrairement à l'objectif poursuivi par l'amendement, la formulation adoptée ne retient nullement le caractère direct du « *lien* » entre la diffusion d'informations et le risque, mais le caractère direct du « *risque* ». Cette erreur manifeste de raisonnement et de construction de l'incrimination démontre à nouveau l'inintelligibilité de la disposition en cause. Son manque de clarté, dès lors qu'il est de nature à susciter des interprétations du texte contraires à la volonté même du législateur, caractérise une méconnaissance des exigences constitutionnelles.

Concernant la liberté d'expression et de communication :

Cette disposition porte par ailleurs une atteinte à la liberté d'expression et de communication qui n'est ni adaptée ni proportionnée. Vous avez en effet jugé, sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, « *que 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 ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (Décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, Mme Térésa C. et autre, cons. 3).

Le délit créé par l'article 18 de la loi déférée réprime d'une peine qui peut s'élever, selon les cas, de trois à cinq ans d'emprisonnement, le seul fait de diffuser une information telle que le nom d'une personne physique ou morale dans le but de l'exposer, par l'intermédiaire de tiers potentiellement inconnus, à un risque direct peu défini que l'auteur ne pouvait ignorer. Or, la publication d'enquêtes ou d'informations de presse portant, par exemple, sur des faits tels que la présence des députés aux séances publiques, paraît susceptible, du fait de la sensibilité du lectorat, d'aboutir à un tel « risque ». Il faut en effet rappeler que la réalisation de l'atteinte ne constitue pas un critère de l'infraction, et que cette dernière peut être constituée en l'absence d'intention par son auteur de commettre une quelconque atteinte ; or, dans un tel exemple, l'intention du journaliste publiant l'information est difficilement démontrable et peut donner lieu à des applications arbitraires, la distinction entre l'exercice du droit d'informer le public et l'intention, ce faisant, de faire peser « un risque direct d'atteinte » pouvant être interprétée comme inexistante dès lors qu'un journaliste est identifié en tant que militant de telle ou telle cause ou courant politique. La disposition contestée aura donc pour effet de faire peser sur les journalistes et lanceurs d'alerte une responsabilité démesurée, reposant sur le comportement potentiel de leur lectorat à la lecture d'une information diffusée (s'agissant de l'élément matériel) et, en pratique, sur son positionnement. En cela, l'incrimination telle que votée par le législateur paraît ne pas répondre à vos exigences relatives aux critères du caractère adapté et proportionné - que vous examinez de manière séparée de celui de la nécessité (décision n°2016-611 du 10 février 2017, M. David P., §13-14).

Cet article tend à protéger toute personne contre la divulgation malveillante de données personnelles et prévoit des peines renforcées lorsque cette divulgation touche les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou titulaire d'un mandat électif public.

Concernant le principe de légalité des délits et des peines :

Pour satisfaire à l'exigence constitutionnelle d'intelligibilité, la loi doit être « claire » ; l'exigence est en réalité « double » et porte sur la « loyauté et [la] clarté » (Cons. const., n°87-226 DC du 2 juin 1987, 2000-428 DC du 4 mai 2000). Bien plus, cet objectif commun prohibe la complexité « inutile » (Cons. const., n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, cons. 5) et « excessive » de la loi au regard de l'aptitude de ses destinataires à en mesurer la portée (Cons. const., n° 2005-530 DC, 29 déc. 2005, cons. 77), favorise la simplification du texte législatif (Cons. Const., n°2004-506 DC, 2 déc. 2004, cons. 5) et combat la contradiction et l'inintelligibilité (Cons. const., n°2001-447 DC, 18 juill. 2001, cons. 27) ; il pose

simultanément une exigence de précision (Cons. const., n° 2000-437 DC, 19 déc. 2000, cons. 3), préalable nécessaire à l'effectivité de la mise en œuvre de la disposition.

En l'espèce, en créant - encore - une nouvelle infraction pénale, le Gouvernement cherche à davantage sanctionner la pratique dite du « *doxing* » (abréviation pour « *dropping dox* », révélation malveillante d'informations privées) et ce, en réaction à l'assassinat de Samuel Paty. Il importe de rappeler que ces dispositions de la loi soumise à votre examen ont été élaborées concomitamment et en s'inspirant de l'article 52 de la loi dite sécurité globale, lequel a été censuré par le Conseil constitutionnel. Vous avez en effet souligné dans votre décision du 20 mai 2021 que, par cet article 52 de la loi sécurité globale, le législateur n'avait pas suffisamment défini les éléments constitutifs de l'infraction et méconnu le principe de la légalité des délits et des peines, n'ayant pas déterminé si « le but manifeste » qu'il soit porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique du policier devait être caractérisé indépendamment de la seule provocation à l'identification.

Or, les dispositions de l'article 36 du projet de loi dont il est ici question font également peser une incertitude sur la portée de l'intention exigée de l'auteur du délit. En effet, quand bien même les éléments permettant de déterminer l'intention de l'auteur du délit ont été renforcés par l'exigence que l'auteur ait connaissance du risque auquel la divulgation des informations expose la personne, cette formulation dissimule mal le fait que l'incrimination constitue en toute hypothèse un délit d'intention. La rédaction des dispositions contestées impose de caractériser le caractère malveillant du comportement ciblé et, ce faisant, de sonder les intentions de l'auteur. Or, comment garantir l'application stricte de la loi pénale lorsqu'il est question de débusquer les pensées d'un individu ?

Par ailleurs, si au cours des débats parlementaires la notion de « risque immédiat » a été remplacée par celle de « risque direct », afin d'exclure tout critère temporel, il n'en demeure pas moins que cette condition d'exposition à un risque direct d'atteinte aux personnes et aux biens couvre un champ très large et imprécis. L'atteinte aux personnes et aux biens vise en effet toute sorte de préjudices, sans aucune distinction de nature, ni d'intensité.

De la même manière, le fait de viser « la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne » englobe une étendue de situations considérable, non circonscrite à des informations personnelles. En particulier, une enquête journalistique diffusant ce type d'informations pourrait tout à fait justifier, sur la base de ce texte, une garde à vue. Concrètement, au-delà des arguments légistiques démontrant le caractère inconstitutionnel de cette disposition, il n'est pas à exclure - car l'expérience du traitement judiciaire du maintien de l'ordre depuis plusieurs années l'a démontré et est largement documentée - un détournement du droit pénal en vue de réprimer certaines manifestations ou couvrir certaines opérations de police. Autrement dit, cette infraction, aux contours trop flous, est de nature à permettre aux forces de l'ordre d'interpeller et de placer en garde à vue des personnes sur une base légale permissive, sans qu'il soit besoin au final de la caractériser.

Le second avis de la CNCDH sur ce projet de loi est d'ailleurs très tranché sur ces dispositions, considérant qu'« *en raison de la définition de ses composantes et des risques que présenterait une interprétation large, l'infraction prévue par le projet de loi est contraire tant*

au principe de la légalité des délits et des peines qu'au respect de la liberté d'expression et du droit à l'information et devrait par conséquent être supprimée ».

En sus du caractère imprécis des éléments constitutifs de cette nouvelle infraction, il convient de relever que celle-ci concerne un champ déjà couvert par d'autres incriminations, ce qui va être source d'insécurité juridique. En effet, toute une série de délits répriment déjà les comportements ciblés.

Ainsi, l'atteinte à la vie privée prévue à l'article 226-1 du code pénal, ou l'article 226-22 du code pénal qui sanctionne le fait de divulguer auprès d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir des données à caractère personnel avec pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, sans son autorisation, peuvent déjà être utilisées pour réprimer les comportements visés par le projet de loi. La commission spéciale des lois a certes objecté que *« l'article 226-22 du code pénal ne permet pas de sanctionner les atteintes à l'intégrité physique, mais simplement les atteintes à la vie privée ou à l'honneur par la divulgation d'informations »* ; mais cette lecture de l'article est incorrecte car il n'y est pas question d'atteinte à « l'honneur » mais d'atteinte à la « considération », ce qui d'une part est plus large et qui implique d'autre part les hypothèses d'appel implicite à la violence.

L'usurpation d'identité prévue à l'article 226-4-1 du code pénal est également invocable. Ici encore, la commission spéciale des lois a avancé que *« l'article 226-4-1, pour sa part, repose essentiellement sur l'usurpation d'identité numérique et sanctionne le simple fait de troubler la tranquillité, et non d'exposer délibérément à un risque d'infraction commise par un tiers »*, ce qui s'avère encore inexact puisque la disposition vise à la fois le trouble à la tranquillité et les atteintes à l'honneur et à la considération.

Sont aussi mobilisables les incriminations de harcèlement moral prévu à l'article 222-33-2-2 du code pénal et évidemment de menace de crime ou de délit prévu à l'article 433-3 du même code.

De surcroît, le code pénal protège la vie privée et interdit : dans son article 226-8, *« le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention »* ; dans son article 226-13 *« la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »* ; dans son 226-15 *« le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance »* ou encore *« d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions »*.

Au total, une telle multiplication des dispositifs pénaux rend illisible notre ordonnancement juridique en cette matière, en violation du principe de légalité des délits et des peines.

Concernant l'atteinte la liberté d'expression et d'information

Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 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* ».

Vous avez pu qualifier la liberté d'expression et de communication de « *liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et la souveraineté nationale* » (Cons. const., n° 84-181 DC, 11 octobre 1984). Ainsi, vous rappelez fréquemment que « *son exercice est une condition de la démocratie* » (Cons.const., n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011 ; CC, Cons. const., n° 2012-647 DC, 28 févr. 2012). La doctrine s'accorde à relever que les textes de loi limitant la liberté d'expression et d'information ont toujours fait l'objet d'un contrôle constitutionnel strict (Bertrand de Lamy, « La Constitution et la liberté de la presse », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36 juin 2012).

Par votre jurisprudence relative à la liberté d'expression sur internet, vous avez également confirmé d'une part, que cette liberté s'exerçait également en ligne ; d'autre part, qu'elle y comportait bien deux dimensions : la liberté de communiquer dans une démarche « active » et la liberté pour le public de recevoir l'information dans une dimension plus « passive ». Aussi, vous avez pu considérer « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, [la liberté d'expression] implique la liberté d'accéder à ces services* » (Cons. const., n° 2009-580 DC, 10 juin 2009).

Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi (Cons. const., 15 décembre 2017, Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II, n°2017-682 QPC, pt. 4 ; Cons.const., 18 mai 2018, Délit d'apologie d'actes de terrorisme, n°2018-706 QPC, pt. 19 ; Cons. const., 4 avril 2019, Loi visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations, n° 2019-780 DC, pt. 8 ; Cons. const., 27 décembre 2019, Loi de finances pour 2020, n° 2019-796 DC, pt. 82).

Votre jurisprudence exige en effet que toute mesure restreignant un droit fondamental « *doit être adéquate, c'est-à-dire appropriée, ce qui suppose qu'elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur* », qu'elle ne doit pas excéder « *ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi* » et qu'elle « *doit enfin être proportionnée au sens strict : elle ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être hors de proportion avec le résultat recherché* » (Valérie Goesel-Le Bihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 22 juin 2007).

En l'espèce, les effets de cette nouvelle incrimination pénale vont notamment être considérables en matière d'information sur le maintien de l'ordre. En effet, dès lors qu'ils

estimeront - à juste titre ou non - qu'une information et/ou sa diffusion pourrait permettre leur identification et leur porter tort, les policiers ou gendarmes pourront l'empêcher sur le champ.

Ce faisant, dès lors qu'existerait une infraction dont le premier élément constitutif serait la communication d'une information permettant directement ou indirectement l'identification d'un agent, les forces de l'ordre pourraient intervenir en flagrance pour empêcher la capture même de cette information et *a fortiori* sa diffusion.

Il sera légalement impossible d'empêcher cette entrave à l'information en temps réel. En effet, si les fonctionnaires de police ou de gendarmerie agissent dans l'exercice de leurs fonctions, le requis n'est pas en droit de résister et doit obtempérer sur le champ, toute contestation ne pouvant intervenir qu'ultérieurement. Un « *indice extérieur et apparent d'un comportement délictueux* », subjectivement interprété comme tel par un agent de la force publique, suffit en effet à caractériser la flagrance et à justifier l'interpellation et le placement en garde à vue sans exposer l'agent à un quelconque risque de sanction (le contrôle éventuel par le juge de l'annulation ne s'exerçant qu'*a posteriori*).

Autrement dit, cette infraction s'apparente à un délit « de convenance policière » (terme employé par Olivier Cahn, « *Construction d'un maintien de l'ordre [il] légaliste* », Revue de Science Criminelle, 2020.1069), dont l'objet - préventif - n'est pas de punir une infraction consommée mais de permettre à l'agent de la force publique de mettre en œuvre l'article 73 du code de procédure pénale, et ainsi offrir un fondement juridique pour des arrestations préventives, pourtant prohibées par la Cour de cassation (Crim. 24 mai 2016, n° 15-80.848, Bull. crim. n° 154 ; AJ pénal 2016. 383, obs. J.-B. Perrier).

Plus avant, quand bien même l'intervention des forces de l'ordre serait jugée par la suite infondée, les conséquences matérielles, à savoir la perte de l'information, ne pourront plus être réparées : une scène passée ne peut pas être rejouée. L'information sera donc définitivement perdue. Le risque d'atteinte à l'information et au droit de la communiquer est donc majeur.

L'atteinte portée est d'autant plus grave qu'elle vise des informations s'inscrivant « *dans un débat public d'intérêt général* » (Cons. Const., n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, cons. 6), puisque la diffusion d'images et l'identification des personnes concernées a joué un rôle déterminant dans le débat démocratique sur l'usage de la force publique et ses abus.

Il ressort de ce qui précède que l'atteinte au droit à l'information n'est pas proportionnée.

Pour toutes ces raisons, l'article 36 devrait être censuré.

Sur l'article 39

L'article 39 vise à réprimer la pratique des « sites-miroir », qui permettent de diffuser des contenus auxquels l'accès aurait été empêché par décision judiciaire pour cause de violation de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie

numérique. Ainsi, l'article 6-4 projeté prévoit que dans cette hypothèse, l'autorité administrative peut demander aux personnes « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne » (article 6, I.-1 de la loi du 21 janvier 2004), « aux personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne » (article 6 I.-2) ou, aux termes de l'article 19 de la loi déferée, « à toute personne ou catégorie de personne visée par cette décision judiciaire, pour une durée ne pouvant excéder celle restant à courir pour les mesures ordonnées par cette décision judiciaire, d'empêcher l'accès à tout service de communication au public en ligne qu'elle aura préalablement identifié comme reprenant le contenu du service mentionné par ladite décision, en totalité ou de manière substantielle ».

Or, l'expression « à tout service de communication au public en ligne qu'elle aura préalablement identifié comme reprenant le contenu du service mentionné par ladite décision, en totalité ou de manière substantielle » apparaît particulièrement large et imprécise. Les sites miroirs se bornent généralement à reprendre l'intégralité du contenu du service soumis à l'interdiction, de sorte qu'ils sont aisément identifiables. Or, la formulation retenue est bien plus vaste puisque pourra être visé par une interdiction administrative tout site « reprenant le contenu » du premier, selon un seuil indéterminé. Sur ce dernier point, l'expression « de manière substantielle » est d'abord particulièrement imprécise : s'agit-il du quart ou de la moitié du contenu dont l'accès a été empêché ? Le calcul doit-il s'effectuer au seul regard du contenu dont l'accès a été empêché ou l'administration doit-elle apprécier la proportion de contenu repris au regard du contenu total du second service, sur la même page ou dans sa globalité ? L'imprécision est même bien plus importante, dans la mesure où elle ne distingue pas la finalité de la « reprise » « en totalité ou de manière substantielle ». Ainsi le cas des services de vérification des faits ou de vérification du droit applicable, qui ont pour habitude de reprendre des extraits - et parfois l'intégralité - de contenus susceptibles de relever de la définition de l'article 6-4 pour les commenter, les critiquer et apporter une connaissance spécifique au public à leur égard. En utilisant une expression imprécise, le législateur a ainsi entendu confier l'examen des conditions que doit remplir la reprise de contenu à l'appréciation de l'autorité administrative, ouvrant la voie à une application arbitraire et disproportionnée de la disposition. Aussi, les mots « reprenant le contenu [...] en totalité ou de manière substantielle » méconnaissent les exigences de l'article 34 de la Constitution.

Sur l'article 46

L'article 46 du texte soumis à votre examen tend à modifier l'article 397-6 du code de procédure pénale pour permettre l'application des mesures de jugement rapide pour certaines des infractions visées par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté sur la presse lorsque les auteurs ne sont pas journalistes.

Seront ainsi justiciables de ces procédures dites « accélérées » et permettant le recours à des mesures coercitives et de contrôle :

- la provocation directe, non suivie d'effet, à commettre l'une des infractions suivantes : les atteintes volontaires à la vie, les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et les

agressions sexuelles, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes (alinéas 1 à 3 de l'article 24) ;

- la provocation à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (alinéa 4 de l'article 24) ;

- l'apologie des crimes visés au premier alinéa de l'article 24 (atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité physique, etc.), des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi (alinéa 5 de l'article 24) ;

- la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'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 (alinéa 7 de l'article 24) ;

- la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap (alinéa 8 de l'article 24).

La commission spéciale de l'Assemblée nationale a étendu la possibilité de recourir au jugement rapide pour les délits visés par l'article 24 *bis* (négalionnisme des crimes contre l'humanité et génocides) et par les troisième et quatrième alinéas de l'article 33 (injure proférée envers les personnes à raison de leur origine, de leur appartenance ou non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion, avérée ou supposée, ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap) de la loi du 29 juillet 1881.

L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Au terme de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cette disposition fonde la valeur constitutionnelle, notamment, du droit à un procès équitable (Cons. const., n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 et n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), des droits de la défense (notamment Cons. const., n° 93-326 DC du 11 août 1993) ou du droit à un recours juridictionnel effectif (notamment Cons. const., n° 2014-387 QPC du 4 avril 2014 et 2014-390 QPC du 11 avril 2014).

Par ailleurs, le principe du respect des droits de la défense découle de la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 (Cons. const., n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, cons. 24) et implique notamment le respect du principe du contradictoire (Cons. const. n° 2016-566 QPC, 16 septembre 2016) et l'existence d'une procédure juste et équitable, garantissant l'équilibre des droits des parties (Cons. Const., n° 2011-91/194/195/196/197 QPC, 18 novembre 2011).

Certes, le droit d'accès au juge et l'exercice des droits de la défense peuvent faire l'objet de limitations. Toutefois, il appartient précisément à ce titre au législateur « *d'assurer la*

conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties [au] nombre [desquelles] figure le respect des droits de la défense, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (entre autres, Cons. const., n° 2010-32 QPC, 22 septembre 2010 ; n° 2011 - 191/194/195/196/197, QPC 19 novembre 2011).

Vous précisez également que le caractère contradictoire de la procédure est le corollaire des droits de la défense (Cons. const., n°89-268 DC, 29 déc. 1989, cons. 58). Plus encore, par une décision du 25 mars 2014, vous avez apporté la précision suivante : *« Considérant que le principe du contradictoire et le respect des droits de la défense impliquent en particulier qu'une personne mise en cause devant une juridiction répressive ait été mise en mesure, par elle-même ou par son avocat, de contester les conditions dans lesquelles ont été recueillis les éléments de preuve qui fondent sa mise en cause »* (Cons. const., n° 2014-693 DC, 25 mars 2014, cons. 25).

En l'espèce, le recours aux procédures rapides de comparutions immédiates a démontré sa nocivité dans le domaine de l'expression et est incompatible avec la matière en raison notamment de l'incapacité pour les juges de procéder à un examen distancié des propos comme de l'appauvrissement des exigences jusqu'à présent retenues (par exemple sur le caractère public des propos).

Comme le relève la CNCDH dans son dernier avis sur la lutte contre la haine en ligne du 8 juillet 2021, il s'avère particulièrement complexe de distinguer ce qui relève du discours de haine de ce qui relève de la liberté du débat public, notamment en raison de l'appréciation du contexte, du caractère polysémique du langage et de l'intentionnalité parfois équivoque qui préside à la communication d'un message. La Commission rappelle ainsi que les procédures d'urgence, notamment la comparution immédiate, *« ne sont pas adaptées au contentieux des abus de la liberté d'expression, pour lequel un traitement spécifique s'impose en raison de sa complexité et des valeurs qui y sont en jeu [...] il y aurait danger à vouloir soumettre à la procédure pénale de droit commun les abus de la liberté d'expression dont le régime, volontairement protecteur, bénéficie des garanties offertes par la loi du 29 juillet 1881, la libre expression des pensées et des opinions étant le ferment de la démocratie. En outre, réserver la protection de la loi de 1881 aux seuls journalistes dont le statut ne dépend pas uniquement de l'attribution de la carte de presse rompt l'égalité des citoyens devant la loi concernant la liberté d'expression »*.

Au-delà de l'examen sensible des propos visés, il est très malaisé dans le cadre de ces procédures rapides de contester les conditions dans lesquelles ont été réunis les éléments de preuve. En effet, du fait de l'urgence, il est souvent complexe d'organiser une défense et il sera ainsi compliqué pour les personnes poursuivies de trouver un avocat, dans le temps de la garde à vue ou du défèrement, spécialisé en cette matière.

Par ailleurs, la question de l'identification de l'auteur s'avère très complexe dans ce domaine, non seulement en raison de l'utilisation de pseudonymes mais également de systèmes

d'anonymisation des adresses IP et du partage des adresses IP, une seule adresse pouvant renvoyer à plusieurs centaines d'utilisateurs, ou encore du fait du manque de coopération de certains opérateurs de l'Internet. Or, la réalité de ces audiences - symbolisant la justice d'abattage par excellence -, durant lesquelles le temps consacré au débat judiciaire est bien moindre faute de moyens suffisants, et durant lesquelles la question de l'identification pourra être ardemment débattue, n'est pas de nature à offrir les garanties nécessaires du procès équitable.

Dès lors, l'article 46 paraît ne pas répondre aux exigences constitutionnelles.

Sur les articles 68 et 69

La loi de 1905 avait innové en créant les associations cultuelles ; elles devaient recevoir les biens dont étaient autrefois propriétaires les établissements publics du culte, qui lui furent dévolus. On le sait, la réticence de l'Église catholique a mené à l'enrichissement de ce cadre juridique initialement prévu :

- d'une part, après que la loi du 2 janvier 1907 rende possible en matière cultuelle le recours au cadre juridique offert par la loi du 1^{er} juillet 1901 (que l'on appelle parfois associations mixtes)
-
- d'autre part, à partir notamment de 1923, l'apparition d'associations diocésaines catholiques.

Reste que toutes ces associations (cultuelles, mixtes, diocésaines) relèvent d'un régime de déclaration préalable. Les associations cultuelles sont soumises à un principe de spécialité (elles doivent avoir pour objet exclusif l'exercice du culte) ainsi qu'à diverses règles spécifiques (nombre minimal de membres, interdiction des subventions publiques etc.). En contrepartie, elles bénéficient d'un régime fiscal favorable, de la possibilité de recevoir des libéralités, de voir leurs emprunts garantis le cas échéant par des communes ou des départements, etc. 75% des associations cultuelles en France sont protestantes ; 20% sont apparentées aux Témoins de Jéhovah. Les associations diocésaines sont-elles catholiques ; tandis que le régime des associations mixtes est choisi essentiellement par les cultes bouddhiste et musulman. Ce régime libéral qui gouverne en France l'organisation des cultes et constitue une pierre angulaire du régime de laïcité hérité de la loi du 9 décembre 1905, est vigoureusement remis en cause par la loi dont vous êtes saisis.

C'est d'abord le cas parce que l'article 68 du texte prescrit des règles de fonctionnement interne aux associations en charge du culte, contrevenant alors au principe d'autonomie organisationnelle des cultes en vigueur depuis 1905. Ainsi, le texte prescrit aux associations en charge du culte d'avoir des organes délibérants notamment pour décider l'adhésion de tout nouveau membre, la cession des biens immobiliers ou les décisions de recrutement (disposition dite « anti-putsch »). À leur propos, le Conseil d'État a d'ailleurs noté dans son avis du 3 décembre 2020 qu'il y avait bien une « immixtion du législateur dans le fonctionnement des associations cultuelles ». Il a certes estimé qu'une telle immixtion obéissait à des considérations d'intérêt général (notamment, la « meilleure information des membres des associations cultuelles et de protection de ces associations contre d'éventuelles

prises de contrôle par une minorité » [§72] ; mais sans exercer sur ce point, dans son analyse consultative et non contentieuse, de contrôle de proportionnalité.

C'est ensuite, et surtout, parce que l'article 69 du texte qui vous est soumis modifie les règles de constitution des associations culturelles - qu'elle durcit - et, dans le même mouvement, attrait sous le même régime les associations mixtes, qu'il paraît porter atteinte tant à la liberté d'association qu'au libre exercice du culte [qui est une dimension essentielle du principe constitutionnel de laïcité].

A ce jour, on l'a dit, les associations en charge du culte sont soumises à une obligation de déclaration préalable. Il s'agit là, on le sait, d'un régime dit préventif d'aménagement des libertés, le plus libéral que connaisse le droit français. Il est, notamment, plus libéral que celui de l'autorisation préalable. Dans un régime de déclaration préalable, les autorités se bornent à délivrer un récépissé de la déclaration de l'association culturelle sans exercer contrôle ou vérification a priori. Le texte dont vous êtes saisi altère significativement ce régime juridique en prévoyant que toute association culturelle (y compris les associations mixtes) devra désormais se déclarer comme telle au préfet qui disposera alors d'un délai de deux mois pour, le cas échéant, contester cette qualité. En d'autres termes, non seulement le texte ici abolit le régime de déclaration préalable, mais encore c'est un régime de double déclaration qui lui est substitué : car pour bénéficier du statut d'association culturelle, il faudra désormais être passé à la fois par la déclaration préalable de la loi du 1^{er} juillet 1901 et par le nouveau régime de déclaration/autorisation spécifique instauré par l'article 69. Et ce dernier s'apparente bien à un régime d'autorisation plus qu'à un régime de déclaration dès lors que, non seulement le préfet dispose d'un délai de deux mois pour s'opposer, mais encore la déclaration en préfecture de la qualité culturelle de l'association devra en outre être renouvelée tous les 5 ans. Bien que le vocabulaire de la déclaration soit maintenu, la logique juridique est bien inversée : c'est bien un régime d'autorisation préalable que définit le texte de loi, dans lequel l'autorité administrative jouit d'un pouvoir d'appréciation pour accepter ou non le label d'association culturelle. De ce point de vue, il faut encore préciser que l'argument invoqué lors des débats parlementaires selon lequel ce nouveau régime serait en réalité semblable à la procédure de rescrit administratif qui existe d'ores et déjà ne convainc pas car le rescrit n'est qu'un acte reconnaissant (c'est une attestation de qualité culturelle produite par l'autorité administrative à la demande de l'association) et non pas constitutif comme le serait l'acceptation (via silence gardé pendant un mois suivant la déclaration) par le préfet. En cela, les dispositions des articles 68 et 69 portent atteinte à la liberté d'association et à la liberté de culte.

Les associations et personnes signataires prient, en conséquence, le Conseil constitutionnel, de bien vouloir censurer les dispositions analysées ci-dessus