

CONSEIL D'ETAT**Assemblée générale****Séance du jeudi 15 mars 2018****Section de l'intérieur****N° 394437****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****AVIS SUR UN PROJET DE LOI**

renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises
contre les mineurs et les majeurs

NOR : JUSD1805895L

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 28 février 2018 d'un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs. L'étude d'impact a été complétée le 10 mars 2018.

Présentation générale

2. Le projet de loi comporte cinq articles, répartis en quatre titres, qui modifient le code de procédure pénale et le code pénal. Ils ont pour objet d'allonger le délai de prescription de crimes commis sur un mineur, de renforcer la pénalisation des abus sexuels commis sur mineur de quinze ans, d'étendre la notion de harcèlement sexuel ou moral à des actions non répétées mais menées de concert par un ensemble d'auteurs à l'encontre d'une victime, de créer une contravention d'outrage sexiste et, enfin, d'étendre les dispositions nouvelles en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna.

3. Le projet de loi fait suite à des travaux, dont les conclusions ont été rendues publiques au cours des trois dernières années, sur les violences et plus particulièrement les violences sexuelles et sexistes. Parmi ces travaux, il convient de citer ceux de deux missions parlementaires du Sénat (n° 289 du 7 février 2018) et de l'Assemblée nationale (n° 721 du 22 février 2018), et d'une mission pluridisciplinaire sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs dont le rapport a été remis au Premier ministre le 1^{er} mars 2018.

Etude d'impact et consultations

4. L'étude d'impact transmise au Conseil d'Etat le 28 février et complétée le 10 mars 2018 répond aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

5. Le projet de loi n'appelle pas de consultation obligatoire préalable.

6. Le Conseil d'Etat suggère de raccourcir l'intitulé du projet de loi en supprimant les termes « *commises contre les mineurs et les majeurs* », tout en notant que les « *violences sexuelles et sexistes* » qui figurent dans cet intitulé sont celles que le projet vise principalement, mais non exclusivement, à réprimer.

7. Le projet de loi a fait l'objet de plusieurs améliorations rédactionnelles qui s'expliquent d'elles-mêmes. Il appelle, par ailleurs, de la part du Conseil d'Etat, les observations suivantes.

Allongement de la prescription des crimes sexuels commis sur des mineurs

8. Le projet de loi porte de vingt à trente années révolues à compter de la majorité de la victime le délai de prescription de l'action publique pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 du code de procédure pénale et à l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur un mineur. L'âge maximal d'engagement de l'action publique est donc, dans ces cas, rehaussé de 38 ans révolus à 48 ans révolus.

9. Ni la Constitution, ni la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne comportent de disposition relative à la prescription en matière pénale. Comme le Conseil d'Etat l'a relevé dans son avis n° 390335 du 1^{er} octobre 2015 sur la proposition de loi portant réforme de la prescription en matière pénale, le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider du principe et des modalités de la prescription de l'action publique et de la peine. La justification et la proportionnalité des délais de prescription sont contrôlées par le Conseil constitutionnel, notamment au regard des principes d'égalité devant la loi et de respect des droits de la défense (décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013).

10. La loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale a porté de dix à vingt années le délai de prescription de droit commun pour les crimes. Elle a, ce faisant, laissé inchangé le délai de prescription applicable aux crimes commis sur mineurs, qui était de vingt années depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, à la différence majeure près que le point de départ du délai n'est pas, comme dans le droit commun, le jour où l'infraction a été commise, mais la date à laquelle la victime atteint sa majorité. Le projet de loi a donc pour effet de rétablir la différence de délai de dix années qui existait avant la loi du 27 février 2017.

11. Le délai dérogatoire de trente années pour la prescription de l'action publique est déjà en vigueur pour d'autres crimes particulièrement graves : crimes contre l'espèce humaine, disparition forcée, crimes de guerre ou à caractère terroriste, en matière de trafic de stupéfiants ou relatifs à la prolifération d'armes de destruction massive et de leurs vecteurs.

12. L'on peut s'interroger sur la nécessité de modifier à nouveau le régime des prescriptions, alors que le législateur vient très récemment, dans un souci de plus grande simplicité, de le refondre.

13. Mais dans l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi, le Gouvernement apporte trois justifications à l'appui de son souhait d'étendre ce délai de trente années aux crimes commis sur les mineurs. La première est la difficulté pour les victimes à révéler les faits et à désigner l'auteur de l'agression, voire l'incapacité à s'en souvenir du fait du phénomène d'amnésie traumatique, dont le délai actuel de vingt ans ne tiendrait que partiellement compte, dans la mesure où la période de la vie avant 38 ans est celle au cours de laquelle les victimes supportent généralement d'importantes contraintes familiales et personnelles, qui peuvent parfois constituer un facteur d'empêchement au dépôt de plainte. La deuxième réside dans les améliorations apportées aux techniques d'investigation et de recueil ou de conservation des preuves, propres à contrebalancer la difficulté accrue d'établir la vérité parfois plus de quarante ans après la commission des faits. La troisième se fonde sur la gravité intrinsèque des crimes,

notamment sexuels, commis à l'égard des mineurs, à laquelle la société se montre légitimement sensible.

14. Compte tenu du champ d'application couvert par la disposition envisagée, qui concerne un ensemble de crimes commis sur la personne de mineurs et revêtant une particulière gravité, soit du fait de leur nature même (tels que des actes de torture ou de barbarie), soit en raison de leur caractère sexuel, le Conseil d'Etat estime que le choix d'étendre à ces crimes le délai dérogatoire de trente années, avec le point de départ spécifique qu'il fixe, ne méconnaît pas, malgré la différence de traitement qu'il implique, le principe d'égalité devant la loi applicable en matière de procédure pénale. Compte tenu des justifications rappelées ci-dessus, il ne lui paraît pas non plus contraire à l'exigence constitutionnelle de proportionnalité.

Pour les mêmes raisons, le Conseil d'Etat considère que cette disposition n'est pas contraire aux stipulations de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, compte tenu de l'importante marge d'appréciation qu'elle laisse aux Etats qui y ont adhéré. Certains pays proches (Royaume-Uni, Pays-Bas, Suisse par exemple) ont d'ailleurs adopté des législations rendant imprescriptibles les crimes sexuels contre les mineurs.

15. Faute de comporter une disposition précisant les conditions d'application dans le temps de l'article 1^{er} du projet de loi, celles-ci résulteront de l'application de l'article 112-2 du code pénal aux termes duquel « *sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur : ... 4° lorsque les prescriptions ne sont pas acquises, les lois relatives à la prescription de l'action publique et à la prescription des peines* ».

Renforcement de la répression des abus sexuels sur les mineurs de 15 ans

16. Le projet de loi soumis à l'examen du Conseil d'Etat insère deux dispositions nouvelles dans l'article 222-22 du code pénal, qui définit et réprime l'agression sexuelle, et l'article 222-23 qui, parmi ces agressions, incrimine particulièrement le viol en cas de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'elle soit.

Les deux dispositions envisagées ont pour objet de réprimer de manière spécifique l'agression sexuelle ou le viol, lorsque ces actes sont commis par un majeur sur un mineur de quinze ans. Cette spécificité ne tient pas au quantum de la peine, mais aux éléments constitutifs de l'infraction elle-même : alors que les agressions sexuelles et, parmi elles, le viol, supposent que l'acte soit commis « *avec violence, contrainte, menace ou surprise* », la définition des deux infractions nouvelles s'affranchit de ces conditions.

Dès lors que l'acte est commis par un majeur sur un mineur de quinze ans, l'agression sexuelle – ou, en cas de pénétration sexuelle, le viol – seront constitués lorsque l'auteur « *connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime* ».

17. Le Gouvernement justifie ce choix d'une répression spécifique par son souhait de tenir compte à la fois de la particulière vulnérabilité des enfants dans l'appréciation des violences sexuelles et des difficultés à établir, au cas par cas, l'absence de consentement d'un jeune mineur ayant fait l'objet d'une atteinte sexuelle par un majeur. Dans l'étude d'impact accompagnant le projet, il relève que plusieurs Etats ont adopté des législations qualifiant de viol tout acte sexuel commis à l'encontre d'un mineur en-deçà d'un certain âge (13 ans, par exemple, au Royaume-Uni, 14 ans en Belgique, 16 ans, avec quelques exceptions, au Canada) : l'absence de consentement est alors présumée.

18. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de remettre en cause l'opportunité de ce choix de politique pénale, mais de rechercher s'il se heurte ou non à des obstacles juridiques justifiant qu'il soit écarté ou aménagé.

Les difficultés juridiques peuvent être de deux ordres :

- en premier lieu, l'âge de 15 ans de la victime constitue-t-il un seuil pertinent pour mettre en place, en-deçà de cet âge, une répression spécifique des abus sexuels ?
- en deuxième lieu, et en cas de réponse affirmative, la définition des éléments constitutifs de l'infraction, telle qu'elle est proposée par le projet du Gouvernement dans le cas de victimes ayant moins de quinze ans, respecte-t-elle les exigences constitutionnelles et conventionnelles ?

19. Sur le premier point, le Conseil d'Etat estime que, faute d'éléments déterminants dans un sens ou dans un autre, le seuil de quinze ans constitue, parmi d'autres solutions qui auraient pu être envisagées (certains acteurs ont, par exemple, évoqué l'âge de 13 ans), une option qui ne se heurte à aucun obstacle juridique.

L'âge de 15 ans, qui était jusqu'à très récemment celui de l'âge nubile, c'est-à-dire l'âge minimum de la femme fixé par la loi pour se marier, est déjà pris en compte par la loi pénale pour définir certaines infractions (comme, par exemple, l'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans à l'article 227-25 du code pénal) ou aggraver les peines (dans le cas général des violences, mais aussi plus particulièrement des agressions sexuelles). Il est utilisé par le législateur dans d'autres matières : c'est ainsi, par exemple, que la loi du 6 octobre 2016 pour une République numérique l'a retenu pour déterminer l'âge permettant à un mineur de s'opposer à l'accès par ses représentants légaux aux données personnelles le concernant dans les fichiers de recherche médicale.

Même si d'autres repères existent, y compris dans la législation pénale (10, 13 ou 16 ans pour respectivement permettre au juge de prononcer une sanction éducative ou pénale à l'encontre d'un mineur auteur d'une infraction, pour permettre son placement en garde à vue ou pour écarter l'atténuation de sa responsabilité pénale) ou en matière civile (13 ans pour exiger le consentement du mineur à son adoption simple, 16 ans pour disposer de ses biens à titre gratuit), la cohérence du seuil de quinze ans avec l'objectif poursuivi par les dispositions pénales envisagées est difficilement contestable en droit.

La mission pluridisciplinaire mise en place par le Premier ministre explique, dans le rapport qu'elle a remis le 1^{er} mars 2018, avoir été sensible aux données apportées par le développement des recherches dans le domaine des neurosciences. Celles-ci démontreraient que l'adolescent mérite, jusqu'à l'âge de 15 ou 16 ans, une protection renforcée en raison des traces profondes provoquées par les traumatismes sexuels sur la structure et le fonctionnement du cerveau. Elle fait valoir également que l'âge moyen du premier rapport sexuel chez les adolescents se situe à 17 ans et que cet âge a tendu à se stabiliser depuis une trentaine d'années. Ces considérations scientifiques et sociétales paraissent suffisamment convaincantes pour admettre, dans le présent avis, la proportionnalité du choix opéré par le Gouvernement dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation dont il dispose.

20. En revanche, la modification proposée des éléments constitutifs de l'infraction, pour le délit d'agression sexuelle ou le crime de viol lorsqu'ils sont commis par un majeur à l'encontre d'un mineur de quinze ans, soulève de sérieuses objections.

21. Certes, le projet de loi n'établit pas directement, comme cela avait été évoqué dans des déclarations publiques, une présomption de culpabilité en considérant, sans autre condition, que

tout rapport sexuel entre un majeur et un mineur de quinze ans constitue un viol, du fait de l'absence présumée de consentement de la part de ce dernier.

Une telle présomption aurait été très difficilement compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui, en dehors du champ contraventionnel, lorsque les faits peuvent raisonnablement induire la vraisemblance de l'imputabilité (c'est le cas, par exemple, des infractions au code de la route relevant de cette catégorie), n'admet qu'« à titre exceptionnel » l'existence d'une présomption de culpabilité en matière répressive. Pour que celle-ci soit jugée constitutionnelle, il faut, d'une part, qu'elle ne revête pas de caractère irréfragable et, d'autre part, qu'elle assure le respect des droits de la défense, c'est-à-dire permette au mis en cause de rapporter la preuve contraire. Ces exigences sont d'autant plus fortes lorsque la présomption est instituée pour un crime (décisions du Conseil constitutionnel n° 99-411 DC du 16 juin 1999, n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011).

La même présomption, s'agissant d'un crime, aurait aussi très certainement excédé « *les limites raisonnables* » dans lesquelles la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales enserme les présomptions de droit ou de fait en matière pénale, compte tenu de la gravité de l'enjeu et de la difficulté en pratique pour le mis en cause de se défendre (CEDH, *Salabiaku c/ France*, 7 octobre 1988).

22. Même si elle est empreinte de plus de prudence, la rédaction proposée par la disposition envisagée dans le projet de loi n'échappe pas, pour autant, à trois difficultés constitutionnelles qui paraissent particulièrement sérieuses aux yeux du Conseil d'Etat.

23. En premier lieu, en détachant les éléments constitutifs du viol du socle actuellement constitué par l'existence de « *violence, contrainte, menace ou surprise* », qui ne sont qu'une manière de caractériser l'absence de consentement de la victime, pour y substituer le seul fait que l'auteur « *connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime* », le projet de loi, du fait de cette seconde branche de l'alternative, qui sera d'autant plus retenue en pratique que la première sera facile à contester, ne caractérise pas suffisamment l'élément intentionnel du crime spécifiquement réprimé.

Si le Conseil constitutionnel exige en effet, pour les délits, que « *la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celui-ci* » (décisions n° 99-411 DC du 16 juin 1999, n° 2003-467 DC du 13 mars 2013) et rappelle que « *s'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés* » (décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011), cette exigence est nécessairement plus forte pour les crimes. Dès lors, la seule circonstance que l'auteur « *ne pouvait ignorer* » l'âge de la victime – rédaction qui n'est utilisée de manière explicite, s'agissant d'une incrimination, que pour certains éléments des délits non-intentionnels prévus à l'article 121-3 du code pénal – ne répond pas à l'exigence constitutionnelle relative à l'élément intentionnel en matière criminelle.

Dans l'hypothèse, par exemple, d'une relation sexuelle qui serait librement décidée entre un mineur de 17 ans et demi et une adolescente venant d'avoir 14 ans et qui se poursuivrait de manière habituelle, pendant plusieurs mois au-delà de la première rencontre, – relation licite au regard du code pénal même si elle comporte des actes de pénétration sexuelle –, la disposition envisagée conduit à ce que le premier soit, dès ses dix-huit ans et alors que rien ne vient modifier son comportement, passible d'un crime de viol pouvant le renvoyer devant la cour d'assises : cette qualification sera d'autant plus automatique qu'il sera facilement démontré,

s'agissant d'une relation suivie, qu'il « *connaissait l'âge de la victime ou ne pouvait l'ignorer* ».

Au-delà de cette hypothèse, force est de remarquer la fragilité de l'élément intentionnel (avoir conscience d'accomplir un acte illicite) associé à la redéfinition proposée du viol sur mineur de quinze ans.

24. Le deuxième obstacle provient de ce que le projet de loi, en créant, pour les majeurs à l'égard des mineurs de quinze ans, un délit d'agression sexuelle et un crime de viol, définis de manière « *objective* » et donc indépendamment de toute « *violence, contrainte, menace ou surprise* », tout en laissant subsister le délit de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans prévu par l'article 227-25 du code pénal qui punit « *le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ou surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans* », conduit à ce qu'un même comportement puisse tomber sous le coup de dispositions distinctes, sanctionnées différemment. Cette incohérence au sein de la matière pénale est aussi une source d'inconstitutionnalité, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a déjà censuré, au nom du principe d'égalité devant la loi pénale, des dispositions législatives qualifiant des faits de manière identique, tout en faisant encourir à leur auteur, selon le texte d'incrimination sur lequel se fondent les autorités de poursuites, des peines de nature extrêmement différente (décision n° 2013-328 QPC du 28 juin 2013).

C'est bien cette situation que permettrait le projet de loi soumis par le Gouvernement. Dans l'hypothèse évoquée plus haut, le jeune majeur pourrait en effet, dès ses 18 ans, être poursuivi sur deux fondements distincts qui ont pour lui des conséquences extrêmement différentes : d'une part, délit d'atteinte sexuelle de l'article 227-25, pour laquelle la peine maximale est de cinq années d'emprisonnement ou, d'autre part, le crime de viol, puni d'une peine qui peut aller jusqu'à vingt ans de réclusion criminelle. Compte tenu des différences entre les deux incriminations, qui concernent la procédure applicable (tribunal correctionnel dans le premier cas, cour d'assises dans le second), les conséquences attachées à une éventuelle condamnation mais aussi les peines encourues, une telle situation organisée par le législateur, alors que les différences très importantes de traitement qu'il réserve aux mêmes faits ne sont justifiées par aucune différence de situation en rapport direct avec l'objet de la loi, apparaît contraire au principe d'égalité.

25. Le troisième écueil réside dans le fait que la redéfinition projetée, aux articles 222-22 et 222-23 du code pénal, des infractions d'agression sexuelle et de viol lorsqu'elles sont commises par un majeur à l'encontre d'un mineur de quinze ans laisse inchangés le 2° de l'article 222-24 et l'article 222-29-1 qui instituent une circonstance aggravante, lorsque la victime de l'agression sexuelle ou du viol est âgée de moins de quinze ans. La nouvelle rédaction de l'article 222-23 proposée par le projet de loi renvoie même explicitement au 2° de l'article 222-24 pour ce qui concerne le quantum de la peine encourue.

Cette situation paradoxale soulève des difficultés constitutionnelles. Dans sa décision n° 2014-448 QPC du 6 janvier 2015, rendue à propos d'une disposition législative qui ne faisait que préciser à l'article 222-22-1 du code pénal que la contrainte peut résulter de la différence d'âge existante entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime, le Conseil constitutionnel n'a écarté le grief d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines qu'en considérant que cette précision avait « *pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte* ». Il se déduit a contrario de sa décision qu'une disposition prévoyant « *qu'un des éléments constitutifs du viol ou de l'agression sexuelle est, dans le même temps, une*

circonstance aggravante de ces infractions » serait contraire au principe de légalité des délits et des peines.

26. Pour conjurer les risques d'inconstitutionnalité qui viennent d'être décrits, tout en s'inscrivant dans l'objectif poursuivi par le Gouvernement qui souhaite à la fois renforcer la pénalisation des agressions sexuelles et viols commis par un majeur à l'encontre de mineurs de quinze ans et limiter le débat judiciaire autour de la question du consentement ou non de ce dernier, le Conseil d'Etat suggère une solution alternative, accompagnée de deux propositions complémentaires.

27. La solution proposée consiste, à l'intérieur – et non à l'extérieur, comme le propose le Gouvernement – du socle commun constitué par l'existence de « *violence, contrainte, menace ou surprise* », de faciliter la démonstration de l'une de ces conditions, lorsque la victime est âgée de moins de quinze ans. Comme l'a fait le législateur par la loi du 8 février 2010, la notion de contrainte peut être précisée pour mieux prendre en compte la vulnérabilité des victimes très jeunes. La question centrale est en effet celle des capacités de discernement du mineur quant à la possibilité de consentir de façon libre et consciente à un acte sexuel : elle est au cœur des ambiguïtés de la législation actuelle.

Or cette question est abordée dans une partie du code pénal qui traite des atteintes aux personnes sous la forme de l'abus d'ignorance ou de faiblesse. L'article 223-15-2 punit en particulier « *l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur ... [soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité ... est apparente ou connue de son auteur], pour conduire ce mineur [ou cette personne] à un acte [ou à une abstention] qui lui sont gravement préjudiciables* ». En s'inspirant de cette définition, le Conseil d'Etat propose, sans revenir sur les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle ou de viol, d'ajouter à l'article 222-22-1 du code pénal une disposition selon laquelle « *lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes* ».

Une telle rédaction, en désignant certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction peut se fonder pour caractériser la contrainte ou la surprise sans modifier les éléments constitutifs de l'infraction, s'appliquerait de manière immédiate, y compris aux faits antérieurs, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation, s'agissant des termes de l'article 222-22-1, dans un arrêt du 15 avril 2015 : cette conséquence est d'autant plus importante qu'en raison de la dénonciation souvent tardive des abus sexuels sur mineurs – que l'allongement proposé du délai de prescription pourra encore reporter dans le temps –, les juridictions statuent fréquemment, dans cette matière, sur des faits très anciens. Elle aurait également l'avantage de ne pas déstabiliser la définition très ancienne du viol donnée par la voie jurisprudentielle puis par la loi, qui n'a quasiment pas changé depuis 160 ans (Cass.crim., 25 juin 1857). Elle faciliterait la poursuite et la répression des abus sexuels dont sont victimes les mineurs de quinze ans, tout en respectant la cohérence du droit pénal et en assurant la conformité du texte avec les exigences constitutionnelles.

28. En complément à cette rédaction alternative, le Conseil d'Etat propose, en premier lieu, de porter de cinq à dix ans d'emprisonnement la sanction du délit d'atteinte sexuelle sans « *violence, contrainte, menace ou surprise* » sur mineur de 15 ans, lorsque l'atteinte comporte une pénétration sexuelle.

29. Il suggère en second lieu de préciser à l'article 351 du code de procédure pénale que « *lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime le président doit poser la question subsidiaire de la qualification*

d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violence, contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats. ». Cette précision apportée à l'obligation procédurale figurant déjà à l'article 351 du code de procédure pénale aurait évité ou atténué l'incompréhension née d'une affaire judiciaire récente, à laquelle fait allusion l'étude d'impact accompagnant le projet de loi, dans laquelle l'absence constatée par le jury d'assises de « *violence, contrainte, menace ou surprise* » exercés à l'égard d'une jeune mineure a conduit à l'acquiescement de la personne mise en accusation, sans que soit posée la question de la requalification de l'acte en atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans.

Modification des infractions de harcèlement sexuel et de harcèlement moral pour réprimer les agissements concertés

30. Le projet de loi complète les dispositifs relatifs aux délits de harcèlement sexuel et de harcèlement moral en assimilant à ces deux formes de harcèlement des propos ou comportements de même nature, même non réitérés, imposés à une victime de manière concertée par plusieurs personnes.

31. Le Conseil d'Etat constate que le Gouvernement souhaite réprimer de tels actes dans des circonstances diverses, y compris sur Internet. La recherche des auteurs de tels actes et la preuve de ceux-ci sont matériellement possibles. De tels phénomènes, s'ils ne sont aujourd'hui pas statistiquement mesurés, sont largement décrits et peuvent justifier une mesure répressive.

32. Quant à la définition des éléments constitutifs du délit, le Conseil d'Etat remarque que la notion d'infraction commise « de manière concertée » figure déjà dans le code pénal, par exemple en ce qui concerne les entraves aux libertés (article 431-1). L'expression, qui suppose la commission des faits par plusieurs personnes et une entente préalable entre celles-ci pour agir, est claire et s'explique sans besoin de précision complémentaire dans la loi.

33. La disposition prévoit les mêmes peines pour tous les auteurs d'un harcèlement « *de concert* », au même niveau de peine encourue qu'en cas de harcèlement par des actes répétés : jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende et, en cas de circonstances aggravantes, jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. Le Conseil d'Etat ne constate toutefois pas de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, eu égard à l'atteinte portée à la victime, qui peut être la même en cas de harcèlement par un individu ou dans le cas prévu par le projet de loi. Il rappelle que la disposition laisse au juge la possibilité de distinguer l'instigateur et les comparses et de différencier et proportionner les peines à la gravité des actes commis, à la personnalité des auteurs et à leurs ressources.

Instauration d'une contravention d'outrage sexiste

34. Le Conseil d'Etat constate que l'infraction d'outrage sexiste instaurée par le projet de loi constitue une contravention de 4^e classe ou de 5^e classe lorsque certaines circonstances aggravantes sont caractérisées. Or la détermination des contraventions ainsi que des peines qui leur sont applicables relève, en application des articles 34 et 37 de la Constitution, de la compétence du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'Etat écarte en conséquence la disposition législative soumise à son examen et suggère au Gouvernement de lui présenter pour avis un projet de décret créant cette nouvelle contravention.

35. A plusieurs peines complémentaires dont la possibilité est déjà prévue par l'article 131-16 du code pénal, le Gouvernement souhaite ajouter « *l'obligation d'accomplir, le cas échéant à*

ses frais, un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes » pour réprimer l'outrage sexiste.

Le Conseil d'Etat doute de la nécessité de cet ajout, dès lors que le contenu du stage de citoyenneté, auquel peuvent déjà être astreintes les personnes coupables notamment d'injures en raison du sexe prévues par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, peut tout à fait être adapté au thème recherché par la disposition envisagée. Il s'interroge également sur l'opportunité d'ajouter dès maintenant un nouvel item à la liste déjà longue des peines complémentaires et, notamment, de celles qui astreignent à un stage de sensibilisation, alors même que le projet de loi sur la programmation de la justice, qui doit être adopté par le conseil des ministres dans les prochaines semaines, devrait, sur la recommandation du rapport remis par le président Cotte et Mme Minkowski, proposer une formule plus générale pour la peine de stage.

36. Si le Gouvernement souhaite, sans que cela n'appelle d'observations de la part du Conseil d'Etat, recourir à la procédure de l'amende forfaitaire minorée pour la contravention d'outrage sexiste, ce choix doit se traduire par la seule modification des dispositions relatives à la procédure d'amende forfaitaire minorée dans le code de procédure pénale, dont le champ d'application actuellement limité aux contraventions au code de la route peut être élargi. Il n'impose pas de déterminer par la loi la contravention ainsi que la peine encourue qui relèvent, ainsi que cela a été rappelé plus haut, de la compétence du pouvoir réglementaire.

Cet avis a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'Etat dans sa séance du jeudi 15 mars 2018.