



## **RAPPORT DE M. SERRIER, CONSEILLER RÉFÉRENDAIRE**

**Arrêt n° 92 du 5 janvier 2023 – Première chambre civile**

**Pourvoi n° 22-40.017 - Question prioritaire de constitutionnalité**

**Décision attaquée : Tribunal judiciaire de Paris, 4 octobre 2022**

**société MG Freesites LTD**

**C/**

**M. [S] [N] en sa qualité de Président de l'ARCOM,  
Sociétés Orange, et autres,  
Associations Les effronté-E-S, Osez le féminisme !  
Mouvement du Nid, intervenantes volontaires**

---

### **1. Rappel des faits et de la procédure**

Les 13 et 15 juillet 2022, invoquant que les sites internet pornographiques Pornhub, Tukif, Xhamster, Xnxx et Xvideos, sont accessibles aux mineurs sur simple déclaration de leur part indiquant qu'ils sont âgés d'au moins dix-huit ans, en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) a assigné les sociétés Orange, Orange Caraïbe, Free, Free mobile, Bouygues Telecom, Colt Technologies Services, Française du Radio téléphone, SFR Fibre, Réunionnaise du Téléphone, et Outremer Telecom devant le président du tribunal judiciaire de Paris sur le fondement de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 aux fins d'ordonner qu'elles mettent fin à l'accès à ces sites.

Les sociétés MG Freesites Ltd, Fedrax LDA Edificio, Webgroup Czech Republic AS et NKL Associates SRO, éditrices de quatre des sites internet litigieux sont intervenues à

l'instance.

Au cours de cette procédure la société MG Freesites Ltd a posé une question prioritaire de constitutionnalité.

Les associations Les effronté-E-S, Osez le féminisme ! et Le Mouvement du Nid (les associations) sont intervenues volontairement à l'instance devant la Cour de cassation.

## 2. Enoncé de la question de constitutionnalité

Par jugement du 4 octobre 2022, le tribunal judiciaire de Paris a transmis une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée :

« Les dispositions de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et de l'article 227-24 du code pénal tel que modifié par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 (auquel l'article 23 renvoie) sont-elles conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit que sont le principe de légalité des délits et des peines et la liberté d'expression et de communication, respectivement en ce que ces dispositions ne définissent pas en des termes suffisamment clairs et précis une infraction pénale et le comportement pouvant donner lieu à une sanction ayant le caractère d'une punition et portent une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur de prévention de l'accès des mineurs aux contenus pornographiques sur Internet ? ».

## 3. Les dispositions contestées

L'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales dispose : « *Lorsqu'il constate qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse à cette personne, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. La personne destinataire de l'injonction dispose d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations.*

*A l'expiration de ce délai, en cas d'inexécution de l'injonction prévue au premier alinéa du présent article et si le contenu reste accessible aux mineurs, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, que les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mettent fin à l'accès à ce service. Le procureur de la République est avisé de la décision du président du tribunal.*

*Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir, sur requête, le président du tribunal judiciaire de Paris aux mêmes fins lorsque le service de communication au public en ligne est rendu accessible à partir d'une autre adresse.*

*Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également demander au président du tribunal judiciaire de Paris d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, toute mesure destinée à faire cesser le référencement du service de communication en ligne par un moteur de recherche ou un annuaire.*

*Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut agir d'office ou sur saisine du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir.*

*Les conditions d'application du présent article sont précisées par décret. »*

L'article 227-24 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, visé par la question prioritaire de constitutionnalité dispose : « *Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.*

*Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.*

*Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans. »*

On relèvera que ce dernier texte a été modifié en dernier lieu par l'article 40 de la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021, qui a ajouté au premier alinéa de l'article 227-24 après le mot « *pornographique* » les mots « *y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux.* »

## **4. Examen des conditions du renvoi de la question au Conseil constitutionnel**

### **4-1 La nature législative des dispositions contestées**

L'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'article 227-24 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 ont le caractère d'une disposition législative au sens de l'article 23-1 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958.

### **4-2 Applicabilité des dispositions contestées au litige ou à la procédure**

A ce sujet<sup>1</sup> on rappellera que le Conseil d'État a développé une jurisprudence extensive de la notion d'applicabilité au litige.

---

<sup>1</sup> M. Guillaume, Question prioritaire de constitutionnalité, Rép. Contentieux administratif, D., n° 144 et s.

En premier lieu, il a retenu une conception autonome de cette notion « *au sens et pour l'application des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958* ». En soulignant que lorsqu'il prend position, au moment où il statue sur la QPC, sur la seule question de l'applicabilité au litige de la disposition législative arguée d'inconstitutionnalité « *au sens et pour l'application de l'ordonnance du 7 novembre 1958* », le Conseil d'État se réserve entièrement la possibilité de la juger, lors du règlement de l'affaire, inapplicable au litige. Le Conseil d'État va même plus loin lorsqu'il indique, de manière libérale, que la disposition est « *non dénuée de rapport avec les termes du litige* » CE, 8 octobre 2010, req. n° 338505 ; CE, 21 mars 2011, req. n° 345193 ; CE, 2 février 2012 req. n° 355137). Par ailleurs, le Conseil d'État considère que la disposition contestée en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation à l'origine du litige doit être regardée comme applicable au litige (CE, 9 juillet 2010, req. n° 339261), toujours « *au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958* » (CE, 14 avril 2010, req. n° 336753). Le Conseil constitutionnel a suivi cette position du Conseil d'État (CC, 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC). Enfin, le Conseil d'État admet qu'une disposition remplit la condition d'applicabilité au sens de l'ordonnance du 7 novembre 1958 dès lors que cette disposition présente un rapport d'indissociabilité avec celle, également contestée, dont l'application est à l'origine du litige (CE, 28 mai 2010, req. n° 337840). Pour autant, le Conseil d'État n'a pas renvoyé une QPC portant sur l'article 1745 du code général des impôts. En effet, dès lors qu'un contribuable ne peut utilement contester devant le juge de l'impôt le principe ou l'étendue de la solidarité qui lui a été assigné par la juridiction pénale en application de l'article 1745, cet article ne peut être regardé comme applicable au litige au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance de 1958 modifiée (CE 13 juillet 2011, req. n° 346743).

Pour Gilles Pélissier<sup>2</sup>, la condition d'applicabilité au litige doit être entendue largement : le législateur, qui a retenu la notion d'applicabilité au litige de préférence à la condition, qui figurait dans le projet de loi, tenant à ce que la disposition contestée « *commande l'issue du litige ou la validité de la procédure ou constitue le fondement des poursuites* », a entendu favoriser la transmission, conformément à l'objectif de cette procédure qui est de purger l'ordre juridique des inconstitutionnalités. Elle s'apprécie bien entendu au regard de l'objet du litige. Ainsi, l'ensemble du dispositif législatif relatif à la journée de solidarité, dans ses versions successives, est applicable au recours pour excès de pouvoir contre la circulaire rappelant les modalités de la mise en œuvre de cette journée de solidarité (CE 4 mai 2011 req. n° 346648). Le Conseil constitutionnel, qui a validé l'ensemble du dispositif législatif, n'a rien trouvé à redire à cette analyse (CC, 22 juillet 2011, n° 2011-148/154-QPC).

Il s'agit d'une notion autonome, « *au sens et pour l'application* » de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. L'applicabilité ne dépend pas de l'opérance du moyen : il suffit qu'elle soit invoquée au fond, même si cette invocation ne permettra pas de faire droit à la requête.

Peuvent être transmises des questions non directement applicables au litige *ratione materiae* lorsqu'elles sont connexes ou indissociables de dispositions applicables (CE 28 mai 2010 req. n° 337840, Lebon).

Une disposition législative introduite dans les débats par la juridiction qui a notifié aux parties un moyen d'ordre public tiré de son application est de ce seul fait applicable au

---

<sup>2</sup> G. Pélissier, Pratique du contentieux administratif, D. Professionnels, Dossier 235, n° 235.610 et s.

litige (CE 19 mars 2012, Sté Cryo-Save France, req. n° 348764, Lebon : disposition législative présentée aux parties comme susceptible de faire obstacle à ce que la demande d'annulation d'un refus d'abroger une disposition soit satisfaite).

Il faut que la disposition législative invoquée par la QPC ne fonde aucun moyen, ni au fond ni en cassation, et qu'elle n'ait été appliquée ni par l'administration, ni par le juge, pour être jugée non applicable (CE 15 juillet 2010, req. n° 327512, Lebon). Le Conseil d'État a jugé non applicables à un litige relatif à la première phase de la procédure de gestion des dispositions susceptibles de n'être mises en œuvre que lors d'une phase ultérieure (CE 8 octobre 2012, Fondation des œuvres sociales de l'air, req. n° 360838, Lebon). De même, ne sont pas applicables au litige des dispositions législatives n'ayant pas été invoquées par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant le tribunal administratif, n'ayant pas été appliquées par lui et n'ayant pas été susceptibles de l'être au titre des moyens qu'il lui appartenait de relever d'office (CE 7 févr. 2018, V. c/Dpt de la Manche, req. n° 416291, Lebon).

A la différence du Conseil d'État, la Cour de cassation ne dissocie pas le critère de l'applicabilité au litige, pour l'examen d'une QPC, de la question de savoir si la disposition est au nombre de celles en considération desquelles « *le litige doit être tranché* » (1re Civ., 5 juillet 2012, pourvoi n° 12-12.356). Il en résulte un contrôle renforcé du lien entre la disposition contestée et le litige qui conduit à un examen de la pertinence juridique de l'argumentation par laquelle le requérant entend démontrer ce lien (2e Civ., 13 octobre 2011, pourvoi n° 11-40.058) et une vérification au regard des faits de la cause (Crim., 29 mars 2011, pourvoi n° 10-87.404), notamment pour déterminer si les dispositions contestées sont celles en vigueur au moment des faits (Crim., 12 octobre 2010, pourvoi n° 10-90.106). Lorsque la QPC vise plusieurs dispositions législatives, la Cour de cassation est conduite sur ce fondement à procéder au tri entre les dispositions jugées applicables au litige et celles qui ne le sont pas (Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 10-40.035). Cette conception restrictive de l'applicabilité au litige s'avère particulièrement rigoureuse lorsque sont invoqués des griefs tirés de l'incompétence négative du législateur, les dispositions contestées « *en tant qu'elles ne sont pas* » étendues aux situations d'espèce pouvant être jugées, pour ce motif, comme n'étant pas applicables au litige (1re Civ., 19 janvier 2012, pourvoi n° 11-40.086). La Cour de cassation juge que la condition d'applicabilité au litige n'est pas remplie chaque fois « qu'une déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, ou l'inconstitutionnalité alléguée serait dépourvue d'incidence sur la solution. » (1re Civ., 6 juillet 2011, pourvoi n° 11-10.393 ; 1re Civ., 26 juillet 2011, pourvoi n° 11-40.042 ; 2e Civ., 16 janvier 2014, pourvoi n° 13-20.363)

Ainsi, est irrecevable la question prioritaire de constitutionnalité qui conteste des dispositions qui n'ont pas été appliquées au requérant, et dont la déclaration de leur inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait sans incidence sur la légalité de la décision objet du pourvoi à l'occasion duquel est présentée la question prioritaire de constitutionnalité (Com., 8 mars 2018, pourvoi n° 17-23.223).

De même, l'indemnité de dépossession devant être évaluée selon la législation en vigueur au jour de l'ordonnance portant transfert de propriété, les dispositions contestées par une question prioritaire de constitutionnalité, issues d'une loi postérieure à cette ordonnance, ne sont pas applicables au litige (3e Civ., 12 avril 2012, pourvoi n° 12-40.012, Bull. 2012, III, n° 58).

Néanmoins, on peut relever dans un arrêt récent 1re Civ., 13 avril 2022, pourvoi n° 21-23.234, publié, une plus grande souplesse dans l'appréciation de la condition

d'applicabilité au litige par notre chambre (pour des dispositions postérieures aux faits objet du litige, qui n'avaient pas été invoquées par les parties et n'avaient pas été appliquées par les juges du fond mais qui étaient au nombre de celles en considération desquelles le litige devait être tranché). Et de manière générale, la jurisprudence de la Cour de cassation n'est pas univoque, de nombreux arrêts admettant que la disposition contestée est applicable au litige dès lors que, à tort ou à raison, la juridiction dont la décision est critiquée s'est fondée sur elle (Com., 8 avril 2014, pourvoi n° 13-24.527 ; Com., 8 avril 2014, pourvoi n° 14-40.011 ; Com., 27 juin 2014, pourvoi n° 13-27.317 ; Com., 10 juillet 2014, pourvoi n° 14-10.109, 14-10.100).

On ajoutera que le Conseil constitutionnel juge qu'il ne peut être saisi « *en tant que* » (CC, 10 février 2017, n° 2016-610 QPC). Dans cette affaire, le dispositif de l'ordonnance de renvoi du Conseil d'État évoquait le renvoi de la QPC portant sur les dispositions des « *articles L. 228-1 et suivants du code de la sécurité intérieure en tant qu'elles ne prévoient pas de régime particulier pour les mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance susceptibles d'être prises à l'égard de personnes ayant fait l'objet de mesures d'assignation à résidence de longue durée sur le fondement de la loi du 3 avril 1955* ». Toutefois, le Conseil constitutionnel ne tient pas compte des renvois « *en tant que* », qui visent à limiter l'interrogation sur la conformité à la Constitution d'une disposition à un aspect seulement de cette dernière. Il a considéré que la mention des « *articles L. 228-1 et suivants* » pouvait être comprise comme recouvrant les articles L. 228-1 à L. 228-7 du code de la sécurité intérieure.

Le Conseil constitutionnel a appliqué la même orientation pour refuser d'opérer son contrôle de constitutionnalité sur une « *combinaison* » de dispositions (CC, 7 juillet 2017 n° 2017-642 QPC ; CC, 7 juillet 2017, n° 2017-643/650 QPC ; CC, 1<sup>er</sup> décembre 2017, n° 2017-676 QPC). Le Conseil accepte de contrôler plusieurs dispositions prises isolément mais c'est chacune des dispositions qu'il contrôle alors. Il se refuse à contrôler leur combinaison, ce qui le rapprocherait d'un contrôle « *en tant que* ».

Le Conseil constitutionnel a, sans opérer un revirement de jurisprudence quant au refus de contrôler une combinaison de dispositions législatives, apporté une nuance à cette jurisprudence lorsqu'une disposition législative rend applicable par renvoi d'autres dispositions sans les énumérer mais en renvoyant à un ensemble de règles (CC, 17 mai 2019, n° 2019-782 QPC). Dans cette espèce, l'article 885 D du CGI applicable à l'ISF opérait un renvoi général aux règles et sanctions applicables aux mutations par décès. Il n'était donc pas possible au Conseil de circonscrire le champ de la QPC en limitant, au sein de cet article 885 D qui lui était renvoyé, la référence à la disposition effectivement contestée. Dès lors le Conseil a décidé d'identifier au sein de l'article 885 D du CGI le renvoi particulier dont la constitutionnalité était contestée. Il a donc jugé que la QPC « *porte sur le renvoi opéré par l'article 885 D du CGI au 2° de l'article 773 du même code* ».

En l'espèce, dans sa décision n° 2021-P-02 du 13 décembre 2021 mettant en demeure la société MG Freesites Ltd, en ce qui concerne le service de communication au public en ligne « Pornhub », l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle relevait : « **3. Il ressort des constats d'huissier de justice établis les 12 février et 5 octobre 2021 que l'accès à des contenus à caractère pornographique proposés sur le service de communication au public en ligne dénommé « Pornhub », édité par la société MG Freesites Ltd et accessible depuis l'adresse internet <https://fr.pornhub.com>, résulte d'une simple déclaration de majorité sur laquelle il suffit de cliquer.**

**4. Cette mesure ne permet pas de garantir que seul un public majeur est susceptible d'accéder aux contenus pornographiques disponibles sur le site internet « Pornhub » comme en dispose le**

**dernier alinéa de l'article 227-24 du code pénal.**

5. Par courrier en date du 1er mars 2021, le directeur général du Conseil supérieur de l'audiovisuel a demandé à la société MG Freesites Ltd de lui communiquer, au plus tard le 16 mars 2021, les observations qu'elle estimait utile à l'instruction du dossier. Par courriel du 15 mars 2021, la société MG Freesites Ltd a présenté ses observations, lesquelles ne sont pas de nature à remettre en cause la réalité du manquement aux dispositions précitées du code pénal.

**6. Il résulte de ce qui précède que des contenus à caractère pornographique sont rendus accessibles aux mineurs sur le service de communication au public en ligne « Pornhub » en violation de l'article 227-24 du code pénal. En conséquence, il y a lieu de prononcer la présente mise en demeure. »**

La société MG Freesites Ltd soutient que le litige à l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité est posée entre dans le champ d'application de l'article 227-24 du code pénal tel que modifié par les articles 22 et 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, que le président de l'ARCOM a fait usage des pouvoirs qui lui sont conférés en la mettant en demeure de prendre toute mesure permettant d'assurer que les conditions d'accès au site Pornhub soient conformes aux dispositions de l'article 227-24 du code pénal et en saisissant ensuite le président du tribunal judiciaire de Paris pour demander qu'il soit ordonné aux fournisseurs d'accès à Internet de bloquer l'accès à au site Pornhub depuis le territoire français.

L'ARCOM a soutenu devant le tribunal judiciaire de Paris que l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 constitue le seul fondement de son action, de sorte que cette procédure n'est pas fondée sur l'article 227-24 du code pénal, et que la mise en demeure est une étape préalable à la saisine du juge judiciaire mais constitue une étape bien distincte de cette saisine qui ne concerne que les fournisseurs d'accès à internet.

Les associations soutiennent, par ailleurs, que l'intervenant volontaire à titre accessoire n'est pas recevable à poser une question prioritaire de constitutionnalité. Elles font valoir qu'en posant une telle question, l'intervenant ne se limite pas à appuyer les prétentions d'une partie principale, mais étend les prétentions des parties en y ajoutant, au prix d'une extension du dispositif et d'une perturbation du cours de l'instance, un litige incident sur la constitutionnalité d'une disposition législative. Elles invoquent la jurisprudence du Conseil d'Etat, aux termes de laquelle, en matière administrative où l'intervention ne peut être qu'accessoire, l'intervenant volontaire n'est pas recevable à poser une question prioritaire de constitutionnalité (CE, 22 février 2013, n° 356245, aux Tables, B), sauf lorsque l'intervenant conteste des dispositions législatives qui l'empêcheraient de se voir reconnaître la qualité de partie à l'instance (CE, 7 décembre 2016, n° 403514, département d'Ille et Vilaine, Lebon p. 887, B). Elles ajoutent que la société MG Freesites Ltd ne serait intervenue volontairement dans l'instance qu'avec pour seule prétention de soutenir les moyens des défendeurs, et qu'intervenant à titre accessoire, elle ne serait pas recevable à poser une question prioritaire de constitutionnalité.

A ce sujet on rappellera qu'aux termes de l'article 328 du code de procédure civile, l'intervention volontaire est principale ou accessoire.

Selon l'article 329 du même code, l'intervention est principale lorsqu'elle élève une prétention au profit de celui qui la forme. Elle n'est recevable que si son auteur a le droit d'agir relativement à cette prétention.

L'article 330 de ce code dispose quant à lui : « *L'intervention est accessoire lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie.*

*Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie.*

*L'intervenant à titre accessoire peut se désister unilatéralement de son intervention. »*

Les professeurs d'Ambra et Boucon<sup>3</sup> rappellent que par l'intervention volontaire, une personne prend l'initiative de participer à une instance à laquelle elle était jusqu'alors tiers. Il peut, en effet, ne pas suffire à un tiers qu'une décision ne produise pas d'effet obligatoire à son égard, car elle lui sera du moins opposable, constituant pour lui un fait qui éventuellement portera préjudice à ses intérêts. Il pourra, en principe, recourir dans un tel cas à la tierce opposition. Mais cette voie ne lui sera pas toujours ouverte, car la notion de tiers qui détermine les personnes qui peuvent tenter ce recours est plus étroite que le sens juridique habituel du terme : un certain nombre de personnes, bien que n'ayant pas participé à l'instance et n'y ayant pas été représentées *stricto sensu*, n'ont de ce fait pas qualité pour la tierce opposition. En outre, même celles qui pourraient bénéficier de ce recours peuvent avoir avantage à intervenir avant qu'une décision soit prononcée, plutôt que de recourir a posteriori contre elle. Évidemment, si une personne intervient dans l'instance, elle perd par là même sa qualité de tiers et ne pourra donc plus former de tierce opposition contre la décision qui sera rendue.

L'intervention accessoire est encore dite intervention conservatoire. L'intervenant ne se prévaut pas d'un droit qui lui serait propre. Il veut seulement préserver ses intérêts, en se joignant à la partie à laquelle ils sont liés. Il prend donc fait et cause pour elle et la soutient de ses arguments. Sa raison d'intervenir c'est la crainte que la partie à laquelle ses intérêts sont liés défende mal sa cause. Le tiers désire surveiller le cours de l'instance afin d'éviter le risque de négligence ou de fraude ou prendre fait et cause pour l'une des parties afin d'éviter l'éventualité d'une action récursoire exercée contre lui.

Une telle intervention ne complique donc pas le procès en cours, si ce n'est par la présence d'une nouvelle partie. En tout cas, l'objet de l'instance n'est nullement modifié. L'intervenant est-il même une véritable partie au sens plein du terme ? Il n'est, en vérité, que partie jointe. Cette position de second plan qu'il occupe explique les règles particulières qui gouvernent l'intervention accessoire. Des conditions moins strictes que pour les autres interventions sont exigées. Mais l'intervention conservatoire produit sur l'instance des effets plus limités.

Il est de principe que l'intervention volontaire d'un tiers dans une instance qui met en présence deux parties, l'une demanderesse, l'autre défenderesse, est recevable dès l'instant où l'intervenant a la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il n'y est ni partie ni représenté, où il a capacité et pouvoir d'ester en justice, et où il se prévaut d'un intérêt légitime, personnel et suffisant, direct ou indirect, matériel ou moral, justifiant sa participation à l'audience (2e Civ., 28 mars 2002, pourvoi n° 99-60.360, 99-60.361, 99-60.362, 99-60.385, 99-60.371, Bulletin civil 2002, II, n° 64).

L'intervention accessoire fait de l'intervenant une partie à l'instance. Les demandes incidentes sont formées à son encontre de la même manière que sont présentés les moyens de défense (3e Civ., 16 novembre 1988, pourvoi n° 87-19.925, Bulletin 1988 III

---

<sup>3</sup> D. d'Ambra et AM Boucon, Intervention, Rép. Proc. Civ., D., n° 41 et s.



N° 161). Le jugement à intervenir aura donc autorité de chose jugée à son égard, cette autorité restant évidemment liée à ce qui a été effectivement jugé (1<sup>re</sup> Civ., 16 décembre 1975, pourvoi n° 74-12.038, Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre civile 1 N 372 p310). Mais l'intervenant sera une partie dont la position reste subordonnée, une partie jointe, une partie auxiliaire qui n'émet aucune prétention propre et soutient seulement celles d'une partie déjà en cause. Cette position subordonnée entraîne différentes conséquences.

L'intervenant à titre accessoire ne peut être condamné au profit de la partie adverse : ainsi les juges statuent *ultra petita*, en condamnant dans un procès en responsabilité à des dommages-intérêts un intervenant qui s'est joint au défendeur pour contester l'évaluation du préjudice (1<sup>re</sup> Civ., 31 octobre 1956, Bull. civ. I, n° 379). L'intervenant ne pourrait d'ailleurs davantage obtenir une condamnation à son profit.

L'intervenant est demandeur dans son intervention et a donc la charge de prouver qu'il remplit les conditions pour intervenir, dans la même mesure où tout demandeur a la charge de prouver qu'il remplit les conditions pour agir. Mais, sous réserve de cette précision, l'intervenant a dans l'instance la qualité de demandeur ou celle du défendeur, selon la position de la partie principale qu'il assiste.

L'intervenant ne formulant pas de prétentions propres, l'intervention accessoire ne modifie pas l'objet de l'instance.

Il doit au contraire être admis que l'intervenant peut soutenir les prétentions de la partie à côté de laquelle il se range par des moyens nouveaux<sup>4</sup>. Si l'on ne reconnaît pas cette possibilité, l'intervention à titre accessoire risque de perdre toute utilité. De même, l'intervenant doit-il pouvoir solliciter des mesures d'instructions nouvelles.

Le sort de l'intervention est lié à l'instance principale. Tout événement qui affecte celle-ci se répercute sur celle-là. Si la demande principale est irrecevable, l'intervention l'est également.

Lorsque l'intervention est principale, l'intervenant ne se contente pas d'appuyer les prétentions de l'une des parties. Il émet des prétentions à son propre compte, distinctes de celles des parties déjà en cause. Ces prétentions, il aurait eu la faculté de les soutenir par une demande séparée. Pour des raisons de commodité, il préfère les faire valoir par une intervention dans une instance déjà en cours. Il s'agit donc d'une « *action principale jointe* » (Soc., 25 octobre 1961, pourvoi n° , N° 894).

L'intervenant sera, du fait de son intervention, une partie au sens plein du terme, dont la position ne sera nullement subordonnée. Il aura toujours la position de demandeur et il contribuera à délimiter le champ du litige qui se trouve, en effet, modifié du fait de son intervention. L'intervenant principal émet une prétention à son profit, sa demande est recevable s'il a le droit d'agir relativement à cette prétention. Les conditions de cette intervention, sont celles de l'action.

L'intervenant à titre principal qui a la qualité d'une partie principale et occupe la position de demandeur n'est en rien subordonné à l'une des parties déjà en cause. Dans les limites de la connexité, il émet des prétentions qui lui sont propres et qui modifient donc

---

<sup>4</sup> Outre D. d'Ambra et AM Boucon, on peut citer S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, Procédure civile, D., n. 312, P. Hoonakker, Droit et pratique de la procédure civile, D. Action, chapitre 422 Intervention, n° 422.33

l'objet et éventuellement la cause du litige. Spécialement, il peut demander une condamnation à son profit. Il prendra des conclusions en conséquence, sans qu'il importe qu'elles contredisent celles des parties originaires. L'intervenant volontaire peut bien entendu solliciter du juge qu'il ordonne des mesures d'instruction. Des demandes reconventionnelles peuvent éventuellement être formées contre lui.

La décision qui sera rendue dans l'instance où il est intervenu produira à son égard les mêmes effets que s'il avait été demandeur originaire. Elle aura autorité de chose jugée à son égard. La voie de la tierce opposition lui sera en conséquence fermée. Mais il pourra exercer les voies de recours ouvertes aux parties (Soc., 10 juillet 1963, pourvoi n° , N° 586).

Comme rappelé *supra*, en contentieux administratif<sup>5</sup>, contrairement à la procédure civile qui admet largement l'intervention principale lorsque l'intervenant volontaire élève une prétention à son profit la jurisprudence administrative s'en tient fermement au principe selon lequel l'intervenant volontaire ne peut pas régulièrement présenter de conclusions qui lui soient propres. Par exception, la jurisprudence administrative admet néanmoins l'intervention principale en première instance, mais de façon fort restrictive dans sa portée et dans ses effets, puisqu'elle ne connaît que deux cas très précis d'intervention de cette nature.

C'est ainsi que l'assemblée délibérante d'une personne morale, privée ou publique, peut intervenir directement dans l'instance engagée par son agent exécutif, si ce dernier prétend agir en justice en son nom, mais dans des conditions irrégulières (CE 6 août 1927, ..., Rec. CE, p. 972 ; sect., 23 mars 1934, Sté maritime et coloniale Agis-Garcin et Cie et colonie de la Martinique, *ibid.*, p. 422).

La seconde exception caractérisée se trouve dans le contentieux des édifices menaçant ruine, dont l'initiative appartient au maire. Le locataire est ainsi recevable à soumettre au tribunal administratif des conclusions « *tendant à ce que le juge adopte des décisions qu'il est en son pouvoir de prendre indépendamment des conclusions des parties* ». Au lieu de la démolition voulue par le maire, le locataire pourra ainsi demander utilement au juge la prescription de travaux de remise en état de nature à mettre fin au péril d'immeuble (CE 8 mars 1961, Dame ..., Rec. CE, p. 159 ; CE Sect., 6 mai 1970, Dame Veuve ... et Demoiselle ..., *ibid.*, p. 303).

Dans ses conclusions déposées à l'occasion de l'affaire CE, 22 février 2013, n° 356245, aux Tables, B, Damien Botteghi, rapporteur public soulignait : « *Il n'est pas fait recours, à l'article 61-1 de la Constitution ou aux articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance [n° 58-1067] du 7 novembre 1958 [portant loi organique sur le Conseil constitutionnel], au terme de « parties ». Les formules sont impersonnelles – « lorsqu'il est soutenu (...) à l'occasion d'une instance » – ou passives – « le moyen peut être soulevé ».*

*Il est vrai que le Conseil constitutionnel a mentionné les « parties » dans sa décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009 (considérant 9), mais essentiellement pour préciser qu'il est fait interdiction à la juridiction saisie de soulever d'office une question prioritaire de constitutionnalité. Il fait référence à d'autres endroits, d'une manière plus ouverte, au « justiciable » (considérant. 3 ; v. aussi, 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, considérant. 11).*

---

<sup>5</sup> O. Gohin et A. Maitrot de la Motte, Intervention, Rép. Contentieux administratif, D., n° 23 et s.

*En revanche, le terme de « parties » figure aux articles 23-2, 23-7 et 23-10 de l'ordonnance de 1958. Mais il n'est pas si évident de savoir si le sens est étroit ou non.*

»  
Pour la professeure Roussille et M. Lecuyer<sup>6</sup> : « *Il n'est pas exclu qu'une personne intervienne dans un procès et pose lui-même la QPC qui n'aurait pas été envisagée par une autre partie.* »

La Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée sur le point de savoir si un intervenant volontaire à titre principal, ou accessoire, est recevable à poser une question prioritaire de constitutionnalité.

On peut néanmoins citer sur la problématique de la qualité de partie à l'instance, dans l'hypothèse très particulière du bâtonnier assistant à une perquisition en application de l'article 56-1 du code de procédure pénale :

Crim., 8 janvier 2013, pourvoi n° 12-90.063

*« Statuant sur la question prioritaire de constitutionnalité transmise par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bordeaux en date du 16 octobre 2012, dans la procédure suivie en application de l'article 56-1 du code de procédure pénale à l'encontre de M. Kounta, reçue le 18 octobre 2012 à la Cour de cassation,*

*Vu les observations produites ;*

*Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :*

*"Les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale sont inconstitutionnelles pour les moyens suivants :*

*- Absence de recours de l'ordre des avocats partie intervenante dans la décision du juge des libertés et de la détention.*

*- Non respect des droits de la défense pour l'ordre des avocats, partie intervenante :*

*droit d'accès au dossier droit de copie du dossier - Absence de définition précise des conditions dans laquelle la perquisition d'un cabinet peut s'opérer et absence de définition des critères de saisie ou de non saisie des pièces.*

*Au regard de ces trois moyens, le texte est non-conforme à l'article 76 de la Constitution et l'article 6 de la Convention Européenne".*

***Attendu que le bâtonnier de l'ordre des avocats n'est pas, au sens de l'article R. 49-21 du code de procédure pénale, une partie lorsqu'il exerce les prérogatives qui lui sont données par l'article 56-1 dudit code à l'occasion d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, dès lors qu'il agit dans le cadre d'une mission d'auxiliaire de justice chargée de la protection des droits de la défense ; qu'il ne pouvait donc soulever un moyen d'inconstitutionnalité du texte appliqué ;***

***D'où il suit que la question est irrecevable ;***

*Par ces motifs:*

*DIT que la question prioritaire de constitutionnalité est irrecevable ; »*

En l'espèce, il ressort du jugement de transmission que la société MG Freesites Ltd a déclaré intervenir volontairement à la procédure diligentée par l'ARCOM à l'encontre

---

<sup>6</sup> M. Roussille, G. Lecuyer, La question prioritaire de constitutionnalité et le droit des affaires, JCL Commercial, Fasc. 32, n° 21

des fournisseurs d'accès à internet, afin de faire valoir des droits qui lui sont propres, que cette intervention volontaire à titre principal n'a pas été contestée par les autres parties. Le tribunal judiciaire de Paris a déclaré cette intervention recevable, de même que la demande de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité.

On ajoutera que par arrêt CE, 29 novembre 2022, n° 463163, société MG Freesites Ltd, B, le Conseil d'Etat a jugé que la mise en demeure prévue par les dispositions du premier alinéa de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 est indissociable de la procédure susceptible d'être engagée, faute pour son destinataire d'y déférer, par le président de l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique devant le tribunal judiciaire de Paris. Par suite, elle n'est pas au nombre des décisions dont il appartient à la juridiction administrative de connaître. Le Conseil d'Etat a ainsi rejeté une requête de la société MG Freesites Ltd qui sollicitait l'annulation de la mise en demeure, sans qu'il soit besoin de statuer sur une demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité, comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître. Le Conseil d'Etat paraît ainsi avoir créé un bloc de compétence judiciaire et la contestation de la mise en demeure adressée aux éditeurs ne semble donc pouvoir être discutée que devant le juge judiciaire.

#### **4-3 Absence de déclaration préalable de conformité par le Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances**

Le Conseil constitutionnel ne semble pas s'être prononcé directement, ni indirectement sur la conformité à la Constitution des articles 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 ni sur l'article 227-24 du code pénal auquel il renvoie.

#### **4-4 Caractère sérieux ou nouveau de la question**

- Le cadre législatif et réglementaire

L'article 227-24 a été introduit dans le code pénal par la loi n° 29-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.

L'incrimination prolonge un certain nombre de mesures de police administrative prévues, notamment, par la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse. Elle s'est substituée, lors de l'entrée en vigueur de la réforme du code pénal en 1994, à celle d'outrage aux bonnes moeurs alors prévue par l'article 283 de ce code sans toutefois se confondre avec elle. Il est en effet plus restrictif, en ce qu'il doit être susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, de sorte qu'il est d'application immédiate (Crim., 5 avril 1995, pourvoi n° 94-82.457, Bull. crim. 1995 N° 150).

L'article 227-24 du code pénal a fait l'objet de plusieurs modifications substantielles:

- par l'article 35 de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance. Cet article adapte les modes de diffusion des infractions prévues à l'alinéa 1 de l'article contesté aux évolutions technologiques en prévoyant le mode de diffusion numérique en ligne. Aux cotés des voies de presse et audiovisuelles.

- par l'article 5 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure. Cet article complète l'alinéa 1 de l'article

contesté afin de renforcer la protection des mineurs contre la promotion de jeux susceptibles de les mettre en danger.

- par l'article 7 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Cet article renforce la protection des mineurs contre les messages incitant au terrorisme.

- par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales. Ce texte a ajouté un alinéa 3 à l'article contesté disposant que les infractions qu'il prévoit sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans.

- en dernier lieu, comme vu *supra*, par l'article 40 de la loi n° 2021-1539 du 30 novembre 2021, qui a ajouté au premier alinéa de l'article contesté après le mot « *pornographique* » les mots « *y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux.* »

Il importe à ce stade de rappeler que la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 est issue d'une proposition de loi n° 2748 visant à protéger les victimes de violences conjugales déposée le 3 décembre 2019 à l'Assemblée nationale.

Dans l'exposé des motifs de cette proposition, il est indiqué : « *L'article 11 vise à renforcer la protection des mineurs à l'exposition à la pornographie, et à lutter contre le sexisme. La responsabilité et les sanctions des sites pornographiques qui permettent aux mineurs d'accéder à leurs contenus doivent être renforcées.*

*Dans notre pays, le premier accès à la pornographie est estimé à 13 ans. 55 % des adolescents estiment qu'ils étaient trop jeunes lors de leur première exposition à la pornographie.*

*Pour ces jeunes, leur imaginaire et leur sexualité se construisent par la brutalité qui va avec ces images. Or une exposition à la pornographie chez les jeunes peut être préjudiciable à leur construction, leur comportement et leur sécurité.*

*Les associations rencontrées lors du Grenelle contre les violences conjugales sont de plus en plus nombreuses à relever également que les jeunes, habitués à ces images, reproduisent des situations de violences. Les violences conjugales sont donc constatées et relevées à un âge désormais plus précoce au sein des jeunes couples.*

***En outre, alors que la loi interdit de « fabriquer, transporter et diffuser » un contenu pornographique dès lors que ce message est susceptible d'être vu par un mineur (article 227- 24 du code pénal), l'exposition des mineurs à des contenus pornographiques en libre accès sur internet est aujourd'hui une réalité.***

***Il convient donc de protéger les plus jeunes, face à ces contenus et de lutter contre l'exposition à la pornographie en renforçant la responsabilité des acteurs sur l'accès des mineurs aux contenus pornographiques sur Internet.***

***C'est pourquoi la proposition de loi vient inscrire que le simple fait de déclarer son âge en ligne ne constitue pas une protection suffisante pour les mineurs, ce qui consacre la jurisprudence de la Cour de cassation.*** »

Dans son rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, Mme la députée Couillard indiquait : « *Résumé du dispositif et effets principaux*

*L'article 11 renforce la protection des mineurs à l'exposition à la pornographie. Il précise qu'un fournisseur de contenu pornographique ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale par la seule exigence d'une déclaration d'un âge supérieur à dix-huit ans de la part du consommateur.*

*Dernières modifications législatives intervenues*

*Aucune.*

*Modifications apportées par la Commission*

*Aucun amendement n'a été adopté par la Commission.*

#### *1. L'état du droit*

##### *a. Une disposition conçue pour le minitel rose...*

*L'article 227-24 du code pénal proscrit « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». Les peines prévues sont de trois ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.*

*Présent aux articles 283 et suivants de l'ancien code pénal, l'outrage aux bonnes mœurs par voie de presse n'avait pas été conservé par l'Assemblée nationale et le Sénat lors de la discussion de la loi n° 92-684 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes. La disposition a cependant été réintroduite en commission mixte paritaire devant la crainte suscitée par le développement des services de minitel rose ([67]). Initialement centrée sur la violence et la pornographie, elle a depuis été élargie aux messages incitant au terrorisme ou à des jeux mettant le mineur en danger.*

*L'infraction réprimée par l'article 227-24 du code pénal réunit plusieurs éléments constitutifs :*

- le contenu du message doit appartenir aux catégories visées, notamment au domaine pornographique. La loi est indifférente au support du message : il peut s'agir d'un texte, d'une image, d'une vidéo ou encore d'un son ;*
- la fabrication, le transport et la diffusion du message peuvent être également poursuivis ;*
- le message doit être « susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».*

*Ce dernier élément est particulièrement singulier. La fabrication, le transport et la diffusion d'un message pornographique sont des activités parfaitement légales. Ce qui constitue un acte pénalement répréhensible, c'est l'exposition de mineurs à son contenu, voire l'existence de mineurs susceptibles d'être exposés à son contenu. L'éventualité de la perception n'a pas à être vérifiée au moment de la réalisation ou de l'exploitation du message, mais peut apparaître ultérieurement. Elle n'est pas nécessairement du fait du fabricant, du transporteur ou du diffuseur, mais peut résulter de facteurs extérieurs qui rendent illégal un comportement initialement licite. Par ailleurs, l'article 227-24 n'exige aucune intentionnalité de la part de l'auteur des faits : le délit est constaté objectivement, par l'exposition d'un mineur au message qui lui est interdit, sans que celle-ci résulte forcément d'une volonté délibérée ou perverse. L'intentionnalité de l'acte est acquise dès lors que son auteur a conscience du contenu du message et de le fabriquer, de le transporter ou de le diffuser dans des conditions qui rendent un mineur susceptible d'y accéder.*

*Il pèse donc sur les producteurs, les transporteurs et les diffuseurs d'un message pornographique une obligation de moyens pour prévenir l'accès des mineurs à leur marchandise. Celle-ci est d'autant plus importante que l'attitude active et intentionnelle d'un mineur pour accéder au contenu interdit n'exonère pas de sa responsabilité le fabricant, le transporteur ou le diffuseur du message.*

*C'est donc à travers les précautions mises en œuvre – leur nature, leur nombre, leur durée – que la jurisprudence caractérise la susceptibilité de la perception du message par un mineur. Ainsi le délit est-il constitué en l'absence de toute prudence ([68]) ou en cas de garde-fous insuffisants tels qu'une simple déclaration d'un âge supérieur à dix-huit ans ([69]). Les éditeurs de sites pornographiques sur internet commettent donc l'infraction prévue à l'article 227-24 du code pénal s'ils ne posent pas de véritables barrières empêchant leur consultation par les mineurs ([70]).*

##### *b. ... à l'épreuve d'internet*

Ces dispositions ont perdu en grande partie leur portée pratique à la suite des changements intervenus sur le marché international de la pornographie à partir de l'année 2006, date de l'arrivée des « tubes » sur internet.

Contrairement à un commerçant classique, un tube pornographique ne cherche pas à vendre son contenu. Il l'offre gratuitement à la disposition des internautes car son objectif consiste à générer du trafic sur sa plateforme afin de le monétiser par la publicité. Un tube a donc vocation à attirer le plus de monde possible, le plus souvent possible, pour maximiser son chiffre d'affaires.

Il en résulte deux conséquences :

– afin de satisfaire l'ensemble des goûts présents parmi les internautes, les tubes mettent à disposition des contenus auparavant jugés extrêmes ou dégradants, qui n'avaient pas accès aux voies traditionnelles de diffusion ([71]) ;

– les tubes n'ont aucun intérêt à empêcher sérieusement les mineurs d'accéder à leurs services.

Les tubes sont aujourd'hui détenus par trois conglomérats plus ou moins identifiés par les autorités, qui disposent de bureaux dans l'Union européenne et en Amérique du Nord, mais qui opèrent depuis des sites établis dans des paradis fiscaux. Ils sont donc, en pratique, à l'abri des poursuites pénales diligentées en France ([72]).

La combinaison de la gratuité, de l'instantanéité, de la diversité de l'offre et du confort de visionnage que permet le haut débit a eu pour conséquence une explosion de la consommation de pornographie au cours des quatorze dernières années. Pour le seul mois de juillet 2019 en France, les quatre premiers sites pornographiques en termes de trafic ([73]) ont été consultés par plus de 25 millions de visiteurs uniques.

Les mineurs n'échappent pas à ce déferlement. Selon une étude réalisée en 2017 ([74]), deux tiers des garçons et un tiers des filles de 15 à 17 ans ont déjà eu accès à un film pornographique. Le premier contact a désormais lieu avec l'entrée au collège, au moment où les parents consentent à l'acquisition d'un smartphone ([75]).

Il n'est pas erroné de parler dorénavant de « génération Youporn », car les adolescents de la décennie 2010 ont découvert la sexualité avec un accès illimité et gratuit à ces vidéos pornographiques. Les conséquences sur les pratiques sexuelles considérées comme normales, sur les rapports entre les femmes et les hommes, sur la notion de consentement, ont forcément été nombreuses.

En novembre 2017, le Président de la République regrettait le manque de régulation dans l'accès aux contenus pornographiques. « Unissant monde virtuel, stéréotypes, domination et violence, la pornographie a trouvé, grâce aux outils numériques un droit de cité dans nos écoles ». Selon le chef de l'État, « aujourd'hui, la pornographie a franchi la porte des établissements scolaires comme naguère l'alcool ou la drogue. Nous ne pouvons pas d'un côté déplorer les violences faites aux femmes et de l'autre, fermer les yeux sur l'influence que peut exercer sur de jeunes esprits, un genre qui fait de la sexualité un théâtre d'humiliation et de violences faites à des femmes qui passent pour consentantes » ([76]). Le Président de la République évoquait alors la perspective d'un contrôle parental par défaut sur l'ensemble des équipements vendus en France.

L'Assemblée nationale a également pris l'initiative d'intégrer à la proposition de loi de notre collègue Laetitia Avia visant à lutter contre la haine sur internet une obligation de retrait des contenus pornographiques accessibles aux mineurs, sous l'égide du Conseil supérieur de l'audiovisuel ([77]).

## 2. La tentative britannique d'un contrôle d'âge réel

La loi britannique sur l'économie numérique (Digital Economy Act 2017), promulguée le 27 avril 2017, a décidé la création d'un véritable contrôle de l'âge des internautes pour l'accès aux contenus pornographiques. Sous la régulation du British Board of Film Classification, les sites trop facilement accessibles risquaient le blocage et une amende de 250 000 livres.

Les solutions envisagées pour le contrôle de l'âge consistaient en l'utilisation obligatoire d'une carte bancaire de type Visa ou MasterCard accessible uniquement aux personnes majeures (le cas échéant pour une simple prise d'empreinte), la vérification par l'opérateur de téléphonie, ou encore un système de certification de la majorité de l'utilisateur par un tiers vérificateur sur la base de procédures librement définies.

*Le système a fait l'objet de critiques en matière de conformité au règlement général sur la protection des données (RGPD) ([78]), les données des internautes pouvant être détournées de leur visée initiale. Les doutes se sont encore accrus lorsque l'un des conglomérats pornographiques d'internet, MindGeek, a développé et mis à disposition son propre système de vérification d'âge, AgeID, que tous les consommateurs et producteurs auraient dû probablement finir par utiliser.*

*Devant ces retards successifs et ces difficultés, le Gouvernement britannique a renoncé au contrôle de l'âge le 16 octobre 2019.*

### *3. Le dispositif de la proposition de loi*

***L'article 11 de la proposition de loi consacre la jurisprudence criminelle en inscrivant à l'article 227-24 du code pénal la mention du caractère insuffisant d'une simple déclaration d'âge en ligne pour garantir que les mineurs ne sont pas susceptibles d'accéder à un contenu pornographique.***

***Il revient aux éditeurs de sites de s'assurer que leurs contenus ne sont pas susceptibles d'être consultés par des mineurs. La liberté des moyens leur est laissée pour ce faire, sans résultat concret cependant depuis 2006.***

### *4. Des dispositions adoptées par la Commission*

***La protection de la jeunesse contre les messages au contenu pornographique n'est pas assurée, en pratique, par l'article 227-24 du code pénal. L'économie juridique de cette incrimination n'est pas en cause, non plus que sa conformité aux normes constitutionnelles : la Cour de cassation a écarté tout doute en jugeant que la question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été adressée sur cette disposition n'était ni nouvelle, ni sérieuse ([79]).***

*Il faut cependant constater que les poursuites diligentées sur le fondement de l'article 227-24 du code pénal ne concernent pratiquement pas les activités qui ont lieu sur internet alors même que la découverte de la pornographie par les mineurs emprunte désormais très majoritairement, voire quasi-exclusivement, les voies numériques, avec les effets délétères qui ont été démontrés. Votre rapporteure comprend que les parquets privilégient la recherche d'autres infractions plus directement attentatoires aux biens et aux personnes. Il est également certain que l'établissement des grands conglomérats qui contrôlent les sites les plus connus hors des frontières nationales, leur structure juridique évanescence et leur goût pour le mystère, compliqueraient singulièrement l'application des sanctions pénales traditionnelles.*

*Cependant, les travaux du Grenelle des violences conjugales et les remontées du terrain sur les conséquences d'une exposition précoce à la pornographie la plus dure ne sauraient être négligés.*

*Le Gouvernement a engagé, sous l'impulsion du Président de la République, une démarche de prévention consistant à rassembler l'ensemble des acteurs d'internet (fournisseurs d'accès, équipementiers, moteurs de recherches, réseaux sociaux, sociétés de production de films pornographiques). À travers un protocole d'engagements pour la prévention de l'exposition des mineurs aux contenus pornographiques en ligne, le secrétariat d'État au numérique a veillé à ce que chacun se trouve mobilisé pour éviter une exposition des mineurs à des contenus qui ne leur sont pas destinés : promotion des dispositifs de contrôle parental, information des familles sur le fonctionnement et le paramétrage de ces outils, avertissement de l'utilisateur de la présence d'un contenu pornographique sur le site ou le réseau social opéré, éducation des enfants à la sexualité... Un comité de suivi est constitué pour suivre, à court et moyen terme, les effets du protocole. Il lui appartiendra, en cas d'échec, de constater l'insuffisance de cette démarche volontariste et de recommander, le cas échéant, l'installation par défaut des mécanismes de contrôle parental sur l'ensemble des équipements permettant l'accès à internet.*

*Ces actions sont absolument nécessaires et témoignent de l'engagement du Gouvernement en faveur de la protection des mineurs. Votre rapporteure estime cependant qu'une démarche de prévention ne peut fonctionner à plein sans la menace d'une sanction des mauvais comportements. Or, cette sanction existe avec l'article 227-24 du code pénal, article dont la pérennité n'est jamais remise en cause mais dont l'application laisse à désirer. Cette absence de sanction explique d'ailleurs sans doute en partie que les sites de vidéos pornographiques en ligne n'aient pas daigné s'associer au protocole d'engagements promu par l'État français.*

***Votre rapporteure considère que la seule menace réellement dissuasive à l'encontre des conglomérats dont le modèle économique repose sur la captation du trafic le plus important***



*possible consiste dans le blocage des sites internet depuis la France.*

*Si des procédures spécifiques existent pour la lutte sur internet contre les contenus terroristes ou pédopornographiques, elles ne sauraient être prises pour exemple : les infractions combattues sont d'une extrême gravité, fortement attentatoires au corps social, et d'une menace pour l'ordre public telles que sont justifiées à leur encontre les mesures les plus efficaces.*

*Votre rapporteure a examiné avec un plus grand intérêt la procédure mise en place dans la lutte contre les cercles de jeu en ligne illégaux, qui constituent une infraction réprimée d'une peine comparable à l'exposition de mineurs à la pornographie ([80]). Elle repose sur l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL) et sur l'article 61 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne :*

*– le président de l'ARJEL met en demeure les opérateurs illégaux de se mettre en conformité avec la loi française ;*

*– en cas de carence de leur part sous huit jours, il saisit le président du tribunal judiciaire de Paris en référé pour que celui-ci ordonne aux fournisseurs d'accès à internet de rendre le site inaccessible sur le territoire français ;*

*– depuis 2016, une procédure allégée de blocage des sites de contournement (ou miroirs), sur requête et non contradictoire, permet à l'ARJEL de demander le retrait de contenus illégaux aux éditeurs ayant déjà fait l'objet d'une injonction de blocage.*

*Il ressort du rapport annuel de l'ARJEL que le nombre des blocages a doublé entre 2017 et 2018, puis augmenté de 50 % entre 2018 et 2019. La procédure fait donc la preuve de son efficacité.*

*Votre rapporteure constate aussi qu'il s'agit d'une procédure dont la constitutionnalité est assurée par la jurisprudence de la Cour de cassation, qui refuse de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité à son propos ([81])*

*Certes, une procédure de blocage des sites pornographiques importants ne constitue pas une réponse parfaitement efficace. Des solutions techniques existent, qui permettent de contourner des contrôles parentaux et des restrictions d'accès. Un lycéen déterminé, quoique mineur, parviendra après quelques efforts à se connecter malgré tout à un site qui lui est interdit. Mais l'existence d'une procédure de blocage, qui pourrait être confiée au Conseil supérieur de l'audiovisuel au vu de son expérience dans la régulation de l'accès aux contenus pornographiques dans les médias traditionnels, présenterait un double avantage :*

*– faire peser une contrainte suffisante sur les plus gros opérateurs pour les amener à négocier des barrières à l'entrée de leurs sites, ce qu'ils jugent superflu de faire aujourd'hui en l'absence de menace crédible dans l'arsenal juridique national ;*

*– protéger les très jeunes enfants des familles non sensibilisées à ces problématiques, qui se trouvent confrontés par hasard et contre leur volonté à des contenus pornographiques, ce qui pourrait utilement être évité.*

*Votre rapporteure a souhaité poursuivre sa réflexion sur l'opportunité de créer une procédure de blocage dans la perspective de l'examen de la proposition de loi en séance publique.*

*La commission des Lois a approuvé l'inscription dans la loi de la jurisprudence établie par les tribunaux judiciaires jugeant que la diligence raisonnable imposée par l'article 227-24 du code pénal n'était pas satisfaite par une simple déclaration de majorité de la part de l'internaute. Elle a donc adopté l'article 11 sans modification. »*

Dans son rapport n° 482 fait au nom de la commission des lois du Sénat, Mme la sénatrice Mercier indiquait : « L'article 11 précise qu'un fournisseur de contenu pornographique en ligne ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale en demandant seulement à l'internaute de déclarer qu'il est âgé de plus de dix-huit ans.

*La commission l'a adopté sans modification.*

*I. Le dispositif proposé : une précision conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation*

*L'article 227-24 du code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende le fait de fabriquer, de transporter, de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, ou de commercialiser un message à caractère pornographique, violent, incitant au terrorisme, de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou incitant les mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.*

***Cet article fait donc peser une obligation sur ceux qui fabriquent, transportent, diffusent ou font commerce de tels messages : ils doivent veiller à ce qu'aucun mineur ne puisse y accéder, sans quoi leur responsabilité pénale pourra être engagée. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé que le délit pouvait être constitué lorsque l'auteur des faits a manqué de toute prudence mais aussi si les précautions prises sont insuffisantes, par exemple lorsqu'elles consistent en une simple déclaration d'un âge supérieur à dix-huit ans.***

***C'est cette dernière jurisprudence qu'il est proposé de codifier. L'article 227-24 serait complété par un nouvel alinéa disposant que l'infraction est constituée y compris si l'accès du mineur aux messages est rendu possible par une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé de plus de dix-huit ans.***

***Ce nouvel alinéa ne créerait pas d'obligations précises à la charge des éditeurs qui resteraient libres du choix des moyens à mettre en oeuvre pour protéger les mineurs (exigence de fournir un numéro de carte bleue, un code d'accès...).***

*II. Une mesure dont la portée pratique risque d'être réduite*

*La question de l'accès des mineurs à la pornographie sur internet constitue aujourd'hui un réel motif de préoccupation. Énormément de vidéos sont désormais disponibles gratuitement sur des sites, tels Pornhub ou Youporn, qui tirent leurs revenus de la publicité.*

*Les données disponibles montrent que les mineurs ont accès de plus en plus jeune à ces images : une étude réalisée en 20173 suggère que les deux tiers des garçons et le tiers de filles âgés de quinze à dix-sept ans ont déjà eu accès un film pornographique, le plus souvent via leur smartphone. Le rapporteur a auditionné l'ancienne actrice et essayiste Ovidie qui a souligné que l'accès à la pornographie se produisait souvent dès l'entrée au collège, lorsque les parents consentent à donner un téléphone portable à leurs enfants. Le téléphone permet de visionner des vidéos mais aussi de les échanger via des applications comme Snapchat ou Tik Tok.*

*Cette exposition précoce ne semble pas sans incidence sur le rapport des jeunes au corps et à la sexualité. Elle paraît favoriser l'acceptation par les jeunes filles de comportements plus violents. Elle modifie les normes en matière de sexualité et fait naître de nouvelles injonctions.*

*Dans ce contexte, la commission des lois n'a pas de raison de s'opposer à la précision figurant à cet article de la proposition de loi. De nombreux sites diffusant des images pornographiques sont accessibles aux mineurs après un simple clic par lequel ils déclarent avoir plus de dix-huit ans, sans aucun contrôle véritable. Il peut donc être utile de rappeler que cette formalité ne protège pas les diffuseurs contre d'éventuelles poursuites.*

*La commission rappelle toutefois que cette codification de la jurisprudence ne modifiera pas l'état du droit en vigueur. Elle ne suffira pas à surmonter les difficultés pratiques qui semblent faire obstacle aux condamnations. Il est très rare que des poursuites soient engagées sur le fondement de l'article 227-24 à l'encontre de diffuseurs d'images sur internet. Les principaux sites qui diffusent gratuitement des images pornographiques sont basés à l'étranger, parfois dans des paradis fiscaux dans lesquels la législation est permissive et la coopération judiciaire faible ou inexistante.*

*Une réflexion plus large, qui dépasse le cadre du présent rapport, mériterait d'être menée pour déterminer à quelles conditions la loi pénale pourrait être mieux appliquée au cyberspace, s'agissant de l'accès des mineurs aux images pornographiques. L'expérience du Royaume-Uni, qui a tenté, entre 2017 et 2019, de mettre en place un contrôle de l'âge réel avant d'abandonner ce projet, montre que le choix d'une solution technique conforme au règlement général sur la protection des données (RGPD) et ne posant pas de risques en ce qui concerne le respect de la vie privée n'est pas aisé.*

***En plus de la réponse pénale, la protection des mineurs passe aussi par des mesures techniques et éducatives. Le secrétariat d'État au numérique a élaboré en 2019 un protocole d'engagements pour la prévention de l'exposition des mineurs aux contenus pornographiques en ligne afin d'encourager les différents acteurs à se mobiliser et à mettre en oeuvre différentes actions :***

**promotion des dispositifs de contrôle parental, avertissement de l'utilisateur de la présence d'un contenu pornographique sur le site ou le réseau social opéré, éducation des jeunes à la sexualité, etc. Une évaluation de ce protocole, qui repose sur une démarche volontaire, sera nécessaire avant d'envisager des mesures complémentaires.**

*La commission a adopté cet article sans modification. »*

C'est en séance publique qu'un amendement de Mme Mercier a abouti, avec l'avis favorable du Gouvernement à l'introduction en droit positif de l'article 23 de la loi n° 2020-936 donnant au président de l'ARCOM un pouvoir d'injonction envers les éditeurs de sites internet en cas de violation de l'article 227-24, et la possibilité de saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner aux fournisseurs d'accès à internet le blocage des sites en France, s'inspirant des dispositions existantes en matière de jeux en ligne.

Le compte-rendu de la séance publique du 9 juin 2020 au Sénat indique : « *Cet amendement est très important.*

*Que ce soit sur un ordinateur ou sur leur smartphone, des mineurs peuvent très facilement visionner des contenus pornographiques disponibles gratuitement en ligne. Ils savent très bien le faire ; il suffit de taper le nom d'un site et huit vignettes apparaissent, proposant l'accès immédiat à des films pornographiques.*

*En violation de la loi, de nombreux sites internet ont renoncé à mettre en place un véritable contrôle de l'âge des personnes qui visionnent ces images. Il suffit d'un clic par lequel le mineur certifie avoir plus de 18 ans pour que des milliers de vidéos pornographiques lui soient accessibles. Quelquefois même, la question de l'âge n'est pas posée ! Pourtant, il existe des solutions d'identification de l'âge, par exemple en passant par FranceConnect ou en utilisant une carte de paiement.*

*De nombreux mineurs visionnent ces images dès leur entrée au collège, durant les interours. Cela conduit à s'interroger sur l'effet que la consommation d'images pornographiques pourrait avoir, à moyen terme, sur leur développement affectif, psychologique et sexuel.*

*Autre chiffre : on sait que 50 % des moins de 12 ans ont déjà visionné un film pornographique dans sa totalité et que les premières images pornographiques atteignent les enfants dès l'âge de 7 à 8 ans, à l'occasion du visionnage d'un autre type de film durant lequel elles sont bombardées.*

*Les enfants de 7 ou 8 ans ne s'identifieront pas forcément à ces images. Même si c'est très grave, ça l'est moins que pour les jeunes de 12 ou 13 ans.*

***En principe, l'article 227-24 du code pénal permet de sanctionner les sites qui diffusent des images pornographiques susceptibles d'être vues par un mineur. La loi existe donc. La peine encourue est de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Mais, en pratique, cet article n'est pas appliqué dans l'univers numérique et la justice ne parvient pas à atteindre les éditeurs de ces sites, qui sont souvent basés dans des paradis fiscaux très éloignés et ne coopèrent pas avec la France. Est-ce une raison pour ne pas agir ?***

*La pornographie est un univers particulier, et ce d'autant plus pour les mineurs. Les jeunes garçons ne sont plus les seuls à s'identifier, les jeunes filles aussi. On sait que, durant la période de confinement, la demande de films pornographiques a explosé, et encore plus celle de films pornographiques violents.*

*Je vais essayer de vous expliquer la situation simplement.*

*Autrefois, les films pornographiques violents formaient une catégorie à part. Ils étaient destinés, par exemple, à des personnes sadomasochistes, ce que l'on appelle aujourd'hui les adeptes du BDSM – je ne suis pas familière de ces sujets –, et dont c'est le droit le plus strict d'être attirées par de tels films ou sites pornographiques violents. Même si on ne partage pas cet intérêt, on peut essayer de comprendre... Ces films étaient donc codifiés « violents ».*

*Désormais, en revanche, la violence fait partie de la pornographie « de base ». Il est devenu normal qu'une femme soit strangulée, serrée, écartelée, et que sais-je encore. C'est tragique !*

Les jeunes filles qui vont voir ces images se diront qu'il faut faire pareil, qu'il est normal qu'un jeune homme soit violent avec elles. Or ce n'est pas normal du tout, surtout pour un jeune en construction, comme cela a été expliqué précédemment.

**Cet amendement, que je défends avec passion et enthousiasme, vise à instituer une nouvelle procédure, destinée à obliger les éditeurs de sites pornographiques à mettre en place un contrôle de l'âge de leurs clients.**

**Tout d'abord, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) adresserait à ces sites une injonction de se mettre en conformité avec la loi, laquelle, on l'a vu, existe. Ensuite, il saisirait le président du tribunal judiciaire de Paris, afin que celui-ci ordonne aux opérateurs de rendre impossible l'accès à ces sites, qui ne pourraient donc plus être consultés depuis la France. Enfin, nous proposons la mise en œuvre d'une action – nous savons que ce ne sera pas facile, mais au moins est-ce le début du commencement de quelque chose...**

**Ce dispositif s'inspire de celui qui a été mis en place pour lutter contre les cercles de jeux en ligne illégaux, lequel repose sur le contrôle exercé par l'Autorité de régulation des jeux en ligne (Arjel). Si cela marche pour les jeux en ligne, pourquoi pas pour les sites pornographiques ?**

L'adoption de cet amendement permettrait de mettre en œuvre l'engagement pris par le Président de la République le 20 novembre 2019, dans un discours prononcé à l'Unesco. Il avait alors donné six mois aux acteurs de l'internet pour instaurer un contrôle parental par défaut, sans quoi il serait nécessaire de légiférer.

Nous y sommes, les six mois sont passés ! Nous avons là une accroche dans la loi pour répondre à l'exigence du Président de la République. C'est tout de même positif !

Cette question devait être traitée dans le cadre de l'examen du projet de loi de réforme de l'audiovisuel, mais celui-ci a été remis aux calendes grecques et ne sera pas débattu, au mieux, avant 2021. Cela doit nous inciter à prévoir, lors de la discussion de la présente proposition de loi, des dispositions destinées à protéger véritablement les mineurs.

Vous me direz que, ces sites étant situés à l'étranger, si l'on en ferme un, deux seront ouverts dans la foulée. Peut-être, mais ce n'est pas une raison pour ne pas agir ! Cela me rappelle la fable du petit colibri qui n'a dans son petit bec qu'une goutte d'eau pour éteindre l'incendie de la jungle, mais qui fait tout de même sa part. Nous avons la responsabilité de faire quelque chose ! Dire que rien n'est possible, ce n'est pas acceptable !

Lorsque j'ai été élue maire en 2001, je suis allée à la maison des adolescents, où l'on m'a dit qu'il y avait un problème avec l'accès des jeunes à certains sites. C'était il y a dix-neuf ans ! À l'époque, j'avais expliqué à des jeunes de 13 ans qu'il ne fallait pas aller sur ces sites. Ils ont aujourd'hui 32 ans et ils ont le même problème avec leurs enfants, car on n'a rien fait !

L'univers numérique de nos enfants nous dépasse, et on ne peut pas l'accepter. Voilà pourquoi, puisque nous disposons d'une accroche, nous devons nous en saisir tous ensemble pour protéger nos enfants. (Applaudissements sur les travées du groupe Les Républicains.)

Mme la présidente. Quel est l'avis du Gouvernement ?

M. Adrien Taquet, secrétaire d'État. Je vais essayer d'être aussi passionné que Mme la rapporteure.

Vous avez raison, madame Rossignol, la seule disposition de l'article 11 ne suffira pas à lutter contre ce fléau qu'est l'accès des mineurs à la pornographie. Nous mettons donc en place un ensemble de mesures, de leviers, ciblant ici les hébergeurs, là les fournisseurs d'accès, là encore les éditeurs de contenus, les plateformes, les réseaux sociaux, afin d'interdire, à chaque niveau, l'accès des mineurs à la pornographie.

Vous avez eu raison, madame la rapporteure, de citer le discours du Président de la République devant l'Unesco, à l'occasion du trentième anniversaire de la Convention internationale des droits de l'enfant et de la présentation du plan de lutte contre les violences. Il est en effet très fortement préoccupé par la question de l'exposition des mineurs à la pornographie.

Le premier outil, que nous avons évoqué, est le protocole d'engagement signé, en présence de Cédric O, secrétaire d'État chargé du numérique, par l'ensemble des acteurs – associations, fournisseurs d'accès,

grandes plateformes, constructeurs de téléphones, c'est-à-dire l'ensemble de la chaîne de valeur –, que nous avons mis, pour la première fois, autour de la table des discussions. Nous pensons en effet qu'il est de la responsabilité de chacun de restreindre l'accès des mineurs à la pornographie.

Vous l'avez rappelé, ces acteurs se sont engagés en janvier dernier à agir sous six mois. La crise étant passée par là, bien que les travaux se soient poursuivis, nous avons pris un peu de retard ; nous nous sommes donné rendez-vous au début de l'été.

Nous leur avons demandé, j'y insiste, de nous proposer un dispositif sous six mois, en leur laissant la liberté des moyens, mais en fixant un objectif : restreindre très fortement l'accès des mineurs à la pornographie. Il est vrai que le contrôle parental par défaut nous semblait être un moyen d'action efficace, mais le débat reste ouvert.

Si je puis me permettre, madame la rapporteure, l'adoption de votre amendement ne mettra pas un terme à cet engagement de l'ensemble des acteurs, qui reste nécessaire. Nous continuons à suivre leurs travaux, menés sous l'égide du CSA et de l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse (Arcep).

Le deuxième outil est l'article 1er de la loi Avia, que vous avez adopté et qui intègre la question de l'exposition à la pornographie des mineurs comme étant l'un des champs de compétence de cette loi.

**Le troisième outil est le présent article 11, que vous vous apprêtez à voter, mesdames, messieurs les sénateurs, et qui inscrit dans le droit « dur » une jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle les simples disclaimers ne suffisent pas pour garantir le nonaccès des mineurs à un site.**

**Il y a enfin l'ajout prévu dans son amendement par Mme la rapporteure, qui vise à confier au CSA la possibilité de saisir le juge.**

**Vous aurez l'occasion de débattre du projet de loi portant réforme de l'audiovisuel, peut-être sous une forme quelque peu différente de ce qui était prévu initialement – je ne veux pas préjuger l'avenir. Celui-ci prévoit, vous le savez, la fusion du CSA et de la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (Hadopi) et la création d'une nouvelle instance, l'autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom), dont l'un des champs de compétence sera la lutte contre l'accès des mineurs à la pornographie.**

**À cet ensemble de dispositifs, l'amendement de Mme la rapporteure ajoute un élément fort utile. J'espère – je vous le dis, madame Rossignol – qu'il permettra de restreindre très fortement l'accès des mineurs à la pornographie.**

**L'avis du Gouvernement est donc favorable.**

Mme la présidente. Je mets aux voix l'amendement n° 92 rectifié.

(L'amendement est adopté.) »

Dans sa circulaire JUSD2020619C du 3 août 2020 présentant les dispositions de droit pénal immédiatement applicables à la loi n° 2020-936, le Ministère de la Justice indiquait : « L'article 22 de la loi a complété l'article 227-24 du code pénal qui réprime le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

Il est désormais précisé que les infractions prévues par cet article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur à ces messages résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans.

**L'objectif de cette modification, qui consacre en réalité la jurisprudence existante, est de mettre en évidence que tombent sous le coup de l'article 227-24 du code pénal les sites pornographiques sur internet qui sont librement accessibles aux mineurs dès lors qu'il leur suffit**

**d'affirmer par un simple clic, et sans autre dispositif de contrôle de leur identité, qu'ils sont majeurs.**

***Cette précision doit être rapprochée des dispositions de l'article 23 de la loi prévoyant que le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui constatera qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, pourra adresser à cette personne une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé, et qu'en cas d'inexécution de cette injonction, il pourra saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner la fermeture de ce site ou son déréférencement par les moteurs de recherche. »***

Le décret n° 2021-1306 du 7 octobre 2021 est venu ensuite préciser les modalités de mises en oeuvre des mesures visant à protéger les mineurs contre l'accès à des sites diffusant un contenu pornographique. Ainsi, la mise en demeure adressée par le président de l'ARCOM dans le cas prévu au premier alinéa de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 doit exposer les faits relevés et en quoi ils contreviennent à l'article 227-24 du code pénal.

Pour apprécier, en application du premier alinéa de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 susvisée, si un éditeur de site internet permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président de l'ARCOM tient compte du niveau de fiabilité du procédé technique mis en place par cette personne afin de s'assurer que les utilisateurs souhaitant accéder au service sont majeurs.

### **- La jurisprudence**

Il ressort clairement des travaux préparatoires précités que l'intention du législateur était, par l'introduction de l'alinéa 3, dans l'article 227-24, de codifier une jurisprudence ancienne selon laquelle tombent sous le coup de l'article 227-24 du code pénal les sites pornographiques sur internet qui sont librement accessibles aux mineurs dès lors qu'il leur suffit d'affirmer par un simple clic, et sans autre dispositif de contrôle de leur identité, qu'ils sont majeurs.

Cette jurisprudence est issue en particulier de l'arrêt Crim., 23 février 2000, pourvoi n° 99-83.928, Bull. crim. 2000, n° 85 : « *Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 121-1 et 227-4 du nouveau Code pénal, 591 et 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale :*

*"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré X... et la société Y... coupables d'atteinte à la dignité des mineurs par diffusion de messages pornographiques nécessairement perçus par ces derniers ;*

*"aux motifs qu'il est constant que la revue Z... est vendue en kiosque sans qu'aucun élément de sa présentation n'avertisse de son contenu, et que le public auquel elle s'adresse, s'il est diversifié en âge, est composé en grande partie de mineurs adolescents passionnés de jeux vidéos ; que l'exemplaire de décembre 1996 intitulé "tous les jeux vidéos de Noël" est particulièrement destiné à attirer l'attention d'un jeune public ; qu'il est établi par les exemplaires de cette revue versés aux débats que l'utilisation du secteur pornographique est habituel, puisqu'une dizaine de pages lui sont consacrées dans chaque numéro ; que de nombreuses publicités de CD ROM pornographiques interactifs y figurent, illustrées par des dessins ou photographies dont certains ont une nature obscène et même perverse ; qu'à titre d'exemple, dans le magazine Z... de décembre 1996, figurent en page 127 des dessins extraits de vidéos Virtual Mangas représentant des violences et actes de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine avec un commentaire sans ambiguïté "humiliation, punitions de jeunes filles au rendez-vous" ; que par ailleurs certaines de ces publications ont été livrées avec des CD ROM pornographiques comportant des images cryptées ; qu'il apparaît que les serveurs minitel donnant accès, tant au décryptage de ces images pornographiques qu'à la commande de CD ROM pornographiques proposés par la revue Z... sont parfaitement accessibles aux mineurs, non seulement*

parce que les manipulations sont simples, mais aussi parce que leur coût n'est pas supérieur à celui d'une communication téléphonique ; qu'il n'existe aucune restriction d'accès véritable à ces serveurs, puisque l'utilisateur a pour seule obligation de certifier en tapant OUI sur le clavier minitel qu'il est bien majeur ; que de même, le CD ROM crypté livré avec le numéro de décembre 1996 portait comme seule mention de mise en garde "réservé aux adultes" et était fourni avec un deuxième CD au contenu parfaitement anodin ; qu'il est établi en conséquence que les messages pornographiques reposant sur divers supports publiés, proposés ou offerts, sont véhiculés par le magazine Z... et que ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs ; qu'en outre l'examen des éléments du dossier : processus d'accès aux clichés pornographiques, importance des publicités incitatives, des photos et articles suggestifs, démontre que l'utilisation de ce secteur pornographique n'est pas occasionnel pour la revue incriminée ;

"alors que, d'une part, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 1er mars 1994, le Code pénal ne réprime le fait de diffuser des messages à caractère pornographique que lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ; que tel n'est pas le cas d'un message contenu sur un CD ROM crypté livré avec une revue informatique, dont la clé de décryptage n'est pas fournie avec la revue mais par un serveur télématique ; que cette restriction d'accès est suffisante pour s'assurer de ce que les messages contenus sur les disques incriminés ne seront pas susceptibles d'être vus par des mineurs ;

"alors que, d'autre part, les juges d'appel ont relevé que la clé de décryptage n'était fournie aux utilisateurs du service télématique qu'après un engagement sur l'honneur de leur part d'être majeur ; qu'une telle précaution, compte tenu des possibilités de contrôle sur un serveur télématique, suffit à s'assurer de ce que les messages litigieux ne seront pas visibles par des mineurs, les prévenus ne pouvant être responsables d'une utilisation du serveur non conforme à la réglementation en vigueur" ;

**Attendu que, pour déclarer les prévenus coupables de la diffusion de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur, l'arrêt attaqué relève, par motifs propres et adoptés, que la revue Z..., publication dont la vente aux mineurs n'est pas interdite, a offert à ses lecteurs l'acquisition de disques optiques compact (CD-ROM) contenant des images pornographiques ; qu'il ajoute que, si ces disques étaient cryptés, des enfants pouvaient les obtenir, ainsi que la clé permettant leur visionnage, simplement en se présentant comme majeurs, sans aucun contrôle, par l'intermédiaire d'un serveur télématique ; qu'enfin, il retient qu'un tel disque a été remis en supplément à tout acquéreur du numéro de décembre 1997 de la revue et qu'un enfant pouvait en voir les images tout aussi facilement ;**

**Qu'en cet état, la cour d'appel, qui a caractérisé le délit prévu par l'article 227-24 du Code pénal en tous ses éléments matériels, a justifié sa décision ; [...]** »

On peut également citer les arrêts CA, Paris, 2 avril 2002, n° 01/03637 et CA Paris, 22 février 2005, n° 04/02171.

La Cour de cassation ne semble pas s'être prononcée sur l'alinéa 3 de l'article 227-24 du code pénal.

De manière générale, les arrêts relatifs aux conditions d'application de l'article 227-24 paraissent peu nombreux. On peut néanmoins citer (Crim., 5 avril 1995, pourvoi n° 94-82.456 ; Crim., 12 septembre 2000, pourvoi n° 99-84.648, publié ; Crim., 26 février 2003, pourvoi n° 02-83.683 ; Crim., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-88.194 ; Crim., 3 février 2004, pourvoi n° 03-84.825, Bull. crim. 2004, n° 28 ; Crim., 12 octobre 2005, pourvoi n° 05-80.713, Bull. crim. 2005, n° 258 ; Crim., 26 septembre 2007, pourvoi n° 06-87.847 ; Crim., 11 janvier 2017, pourvoi n° 16-80.557, Bull. crim. 2017, n° 17).

## **- La doctrine**

S'agissant de la doctrine, M. Bigot<sup>7</sup> souligne que « **la condition tenant à la possibilité de perception par un mineur signe en théorie la spécificité du délit prévu et réprimé à l'article 227-24 du code pénal et le fait entrer dans la catégorie des infractions relevant de la « mise en péril des**

---

<sup>7</sup> C. Bigot, Pratique du droit de la presse, 2020, Chap. 442, Autres infractions pénales applicables aux médias, n° 442.131 et s.

**mineurs ». Si le prévenu a pris le soin d'éviter que le message puisse être perçu par cette catégorie de public, il n'y a plus de répression possible. Il ne s'agit pas ici pour les parties poursuivantes de démontrer qu'un mineur a effectivement vu ou perçu le contenu en cause. Une simple éventualité suffit à caractériser cet élément du délit. »**

Il ajoute que : « la limitation aux seuls messages susceptibles de perception par un mineur est largement un leurre, et n'a été pensée que pour le monde physique. Elle est déconnectée de la réalité de l'univers numérique.

S'agissant des publications sur support papier, on admet traditionnellement que pour échapper à l'incrimination, il faut présenter le journal ou le livre sous blister, afin d'éviter que le mineur le feuillette discrètement dans un coin du kiosque, avec une signalétique d'interdiction de vente aux mineurs apposée sur le produit lui-même. C'est ensuite de la responsabilité du détaillant, de s'assurer au moment de la vente que l'acheteur est bien majeur. En effet, apposer une signalétique si personne ne contrôle l'âge de l'acheteur ne sert à rien et ne permet pas d'échapper à l'article 227-24. Le même mécanisme peut s'appliquer à tout autre produit vendu dans le monde physique : sex-toys, cassettes vidéo...

Dans le domaine de la communication audiovisuelle, la question se pose pour les quelques chaînes payantes dites pour adultes, disponibles dans les bouquets des opérateurs. Dans la mesure où l'abonnement doit être souscrit par un majeur, qui prend ensuite la responsabilité de mettre en place les mots de passe nécessaires à l'accès à ce type de contenus, l'opérateur du bouquet et l'éditeur de la chaîne devraient être à l'abri des poursuites, s'ils se sont assurés au moment du contrat initial de la qualité de majeur du souscripteur, et s'ils ont mis en place une fonctionnalité, généralement à base de mot de passe, permettant au consommateur de contrôler l'accès aux chaînes diffusant des contenus tombant sous le coup de l'article 227-24 du code pénal. »

Il relevait, avant l'adoption de la loi du 30 juillet 2020 : « c'est pour le réseau internet que le droit se révèle complètement inadapté. Les innombrables sites et plateformes proposant des contenus pornographiques sur le Net ont pris l'habitude de faire confirmer à l'internaute, sans autre forme de vérification, son état de majorité. C'est donc un jeu d'enfant de cliquer sur le « oui » pour confirmer être majeur. **Il ne s'agit pas d'un contrôle au sens propre, et le seul fait d'interroger sur l'âge ne permet pas de soutenir qu'on a mis en œuvre les diligences nécessaires pour éviter une possibilité de perception par un mineur. La jurisprudence en ce sens date du temps du minitel rose..., et elle a été confirmée pour les sites pornographiques diffusés sur le Net. Une simple déclaration de majorité est donc insuffisante** mais comme la plupart des sites sont établis à l'étranger, la loi pénale perd quasiment toute effectivité, et ni le législateur, ni le juge n'ont trouvé la parade. »

Et, enfin il s'interrogeait : « Pour autant, comment aller plus loin sans porter une grave atteinte à la liberté individuelle. Peut-on sérieusement imaginer que chaque internaute souhaitant visionner un film pornographique soit contraint d'envoyer sa pièce d'identité ? Ce serait alors une atteinte caractérisée à la vie privée et à la liberté individuelle des majeurs, qui doivent pouvoir accéder à de tels contenus, parfaitement licites dès lors qu'il ne s'agit ni de pédopornographie, ni de la représentation de scènes tombant d'une manière ou d'une autre sous le coup de la loi, quand bien même ils peuvent susciter une réprobation morale. Il est inenvisageable de procéder à un traçage des amateurs de pornographie. »

Pour la professeure Chopin<sup>8</sup>, l'infraction prévue à l'article 227-24 du code pénal est une infraction formelle constituée par le seul fait qu'un mineur soit susceptible d'accéder à ce contenu illicite. Le législateur veut donc empêcher toute accessibilité aux mineurs, quel que soit le support du message (image, photo, presse, internet...). Dès lors, il appartient à celui qui décide à des fins commerciales de diffuser des images pornographiques sur le réseau internet dont les particulières facilités d'accès sont connues, de prendre les précautions qui s'imposent pour rendre impossible l'accès des mineurs à ces messages. Elle relève que cette infraction pose le problème de la liberté d'expression sur internet dès lors que la jurisprudence fait peser sur les diffuseurs de messages une « **obligation de précaution** » (CA Paris, 22 février 2005, n° 04/02171).

---

<sup>8</sup> F. Chopin, Cybercriminalité - Systèmes et réseaux numériques, supports de l'infraction, Rép. Pén., D., n° 128 et s.



Dans un article publié en octobre 2005, commentant cette dernière décision, la professeure Lepage<sup>9</sup> relevait : « Ce qu'on retiendra principalement de cet arrêt est qu'il tient pour inopérants deux arguments qui sont à peu près bien les seuls que pouvaient être tentés d'invoquer les prévenus. Ils faisaient d'abord valoir que les visiteurs du site devaient, pour accéder aux bonnes pages, si l'on peut dire, de celui-ci, montrer patte blanche en certifiant être majeurs. Cela semble dénoter un certain angélisme mais qui, ne manquant pas de surprendre de la part de responsables d'un site pornographique, confine plutôt à la mauvaise foi. Comment pouvoir s'en remettre aussi légèrement à une simple attestation purement virtuelle, échappant à toute vérification possible ? L'admettre reviendrait à vider de sa substance la protection des mineurs instaurée à l'article 227-24 du Code pénal, comme le laisse entendre l'arrêt en soulignant justement que « le descriptif d'accès à ce site (...) démontre sans équivoque que des mineurs peuvent visionner ces messages et images simplement en se présentant comme étant majeurs et donc sans contrôle efficace ». Ainsi l'analogie avec un sex-shop suggérée par une des mentions du site est-elle fallacieuse (mention « je signe et j'entre dans le sex-shop »). Dans le « monde réel », à l'entrée des sex-shops mais aussi des cinémas diffusant des films interdits aux moins de dix-huit, vérification pourrait être matériellement faite de l'âge de la personne qui se présente et dont le jeune aspect peut laisser penser qu'elle n'est pas majeure.

Les prévenus ne pouvaient guère davantage tirer profit de la circonstance que le site contenait une page d'avertissements sur le fait qu'il était réservé aux adultes. Non seulement ce genre d'avertissement n'a jamais empêché un mineur déterminé à accéder au site mais il a même sans doute un effet contre-productif par l'effet émoustillant qu'il doit certainement produire sur des adolescents en mal de sensations. Mais alors, sera-t-il peut-être rétorqué, c'est en connaissance de cause que le mineur ainsi informé passera outre le cas échéant cette interdiction purement verbale. Sans doute, mais il ne s'agit pas ici d'introduire ici, dans l'esprit de la responsabilité civile, la faute de la victime (sans même compter avec le fait que, 1°) si ce sera parfois un grand mineur qui accède au site, ce peut être aussi le cas de jeunes enfants n'ayant pas conscience de ce qu'ils font, 2°) **plus fondamentalement encore, peu importe même qu'aucun internaute n'ait menti sur son âge et qu'aucun mineur n'ait, de fait, vu le site, ce qui compte, comme il s'agit d'un délit formel, c'est qu'un mineur au moins ait pu y avoir accès**). Nous sommes en droit pénal et il faut, pour apprécier le comportement des personnes qui décident en connaissance de cause de diffuser des messages pornographiques dans ces conditions, se reporter – et s'y tenir – à la lettre du texte. Or ce qui est incriminé est, notamment, la diffusion en connaissance de cause d'un message pornographique, dès lors qu'il « est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». Ce qui était bien le cas en l'espèce, les mesures de dissuasion mises en œuvre par les responsables du site ne garantissant en rien, précise l'arrêt, « l'impossibilité matérielle pour les mineurs d'avoir connaissance des messages ».

Une affirmation comparable, au demeurant conforme à l'esprit de l'article 227-24 du Code pénal, se trouvait déjà dans un arrêt de la cour d'appel de Paris de 2002 (CA Paris, 13e ch. A, 2 avr. 2002 : Comm. com. électr. 2002, comm. 111 et les obs. ; D. 2002, p. 1900, obs. C. Manara), qui avait déclaré que « les mises en garde et informations sur les logiciels de restriction d'accès présentées dans les pages d'accueil dont se prévaut M. L. ne sauraient être considérées comme des précautions utiles puisqu'elles interviennent alors que l'utilisateur est déjà entré dans le site et n'empêchent nullement la vision des textes et photos de présentation qu'elles peuvent au contraire avoir pour effet de rendre attractives » (V. pour une analyse dans le même sens au sujet du Minitel, Ph. Conte, Les outrages aux bonnes mœurs : Liberté de la presse et droit pénal : PUAM, 1994, p. 187 et s., spéc. p. 208 : « il ne suffirait pas qu'une « messagerie rose » fasse apparaître à l'écran du Minitel la mention « réservé aux adultes »). Dès lors c'est tout naturellement que les deux arrêts se rejoignent sur un autre point, fondamental, celui de la responsabilité sans partage de la personne qui prend l'initiative de diffuser un message en contradiction avec l'article 227-24. En d'autres termes cette personne doit prendre toutes les mesures garantissant une impossibilité matérielle d'accès. En 2002, la cour d'appel de Paris avait ainsi énoncé que « l'obligation de précaution s'imposait au diffuseur du message et non au receveur, l'accessibilité auxdites images étant bien le fait de leur commercialisation et non de la carence éventuelle des parents ou de la permissivité ambiante » (CA Paris, 2 avr. 2002 : préc.). Un auteur s'en expliquait déjà en ces termes : « c'est au diffuseur qu'il appartient de prendre les précautions qui s'imposent, cette obligation relevant d'une charge lui incombant personnellement, sans pouvoir prétendre en transférer le principe au receveur » (Cass. crim., 23 févr. 2000 : Rev. sc. crim. 2000, p. 612, obs. Y. Mayaud).

Appliqué à la lettre, l'article 227-24 du Code pénal révèle dans son application à l'Internet une très vaste portée. Dès lors que la technique ne semble pas permettre au responsable d'un site

---

<sup>9</sup> A. Lepage, Protection des mineurs - Mineurs et sites pornographiques, CCE, n° 10, octobre 2005, comm. 162

**pornographique de garantir toute impossibilité d'accès des mineurs, cette jurisprudence vaut de fait prohibition absolue des sites pornographiques.** Ce point a été abordé dans une recommandation du Forum des droits sur l'Internet (Les Enfants du Net. Les mineurs et les contenus préjudiciables sur l'Internet : Forum, 2004, p. 50 et s.) dans les termes suivants : « il apparaît ainsi nécessaire, pour ne pas tendre vers l'interdiction de fait de la diffusion et du commerce de tels contenus par les éditeurs français, de favoriser une interprétation pragmatique et respectueuse de la liberté d'expression des principes et objectifs de l'article 227-24 du Code pénal ». Ainsi est-il précisé en particulier à l'adresse des magistrats, que « le Forum des droits sur l'Internet est soucieux de permettre aux diffuseurs français de contenus licites mais préjudiciables aux mineurs de tendre à la conformité avec l'objectif qui leur est assigné par la loi. Il est aussi conscient du défaut de solution permettant de satisfaire absolument à ce dernier objectif sur l'Internet. **Le Forum recommande par conséquent que soient privilégiées des solutions réalistes en ce domaine, et invite les magistrats à privilégier une interprétation des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal prenant en compte l'état de l'art des moyens de satisfaire à ses dispositions. Selon le Forum, des droits sur l'Internet, les solutions consistant à limiter l'accès aux contenus pornographiques aux personnes en mesure d'opérer un paiement par carte bancaire, de transmettre une reproduction d'un document identifié ou de fournir un certificat électronique attestant de leur âge paraissent par exemple constituer, en l'état de l'art, des diligences suffisantes au regard des obligations faites par l'article 227-24 du Code pénal ».**

**Cette recommandation tend à faire de l'obligation de résultat prévue à l'article 227-24 du Code pénal une obligation de moyens (cf. les termes « diligences suffisantes »), dans l'idée que cet article cherche à établir un compromis consistant à reconnaître une liberté d'accès des adultes aux messages pornographiques tout en empêchant cet accès aux mineurs. Dans les faits, en effet, c'est ainsi que peut s'établir un équilibre, dès lors qu'il existe une possibilité efficace de sélectionner le public. Mais l'article 227-24 du Code pénal a fondamentalement en vue la protection des mineurs, et a vocation à s'appliquer dès lors que le message serait susceptible d'être perçu ne serait-ce que par un mineur. On peut donc considérer que sa lettre ne s'oppose pas à ce que, la protection des mineurs devant systématiquement l'emporter, elle soit parfois garantie au prix le cas échéant d'une condamnation de fait de tel ou tel mode de communication, en l'occurrence un site internet. Il est vrai néanmoins que la Cour européenne des droits de l'homme y trouverait peut-être à redire, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.**

Si l'arrêt ici rapporté s'inscrit dans le courant de sévérité déjà illustré par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 2 avril 2002, on y trouve une précision qui résonne comme en écho aux préoccupations exprimées par le Forum des droits sur l'Internet. La cour d'appel souligne que « des mesures techniques simples pouvaient être adoptées afin, sinon d'interdire le site aux mineurs, du moins d'ôter tout caractère choquant aux images, techniques d'ailleurs mises en place sur le site en cause (titres et images mosaïqués) dès le début de l'année 2000 ». Est-ce à dire que, d'emblée mises en place, ces mesures auraient permis aux responsables du site d'échapper à la répression ? À tout le moins, la peine en aurait sans doute été allégée. Jurisprudence à suivre... »

## **- La position de la CNIL**

Dans sa délibération n° 2021-069 du 3 juin 2021 portant avis sur le projet de décret relatif aux modalités de mise en oeuvre des mesures visant à protéger les mineurs, la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) indiquait : « La mise en place de procédés techniques de vérification de la majorité d'âge des utilisateurs est susceptible d'entraîner la mise en oeuvre de traitements de données à caractère personnel. Ces traitements, qui présentent une sensibilité particulière au regard de leur finalité, sont soumis au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) et relèvent de la compétence de la CNIL.

Conformément à son article 3.2-a, le RGPD s'applique aux traitements mis en oeuvre par un éditeur de services de communication au public qui n'est pas établi dans l'UE lorsque ses activités de traitement sont liées à l'offre de biens ou de services aux personnes se trouvant sur le territoire de l'Union européenne. Ce cadre juridique inclut en particulier un principe de minimisation des données collectées, une information adaptée aux personnes concernées, une interdiction du détournement de finalité, une durée de conservation limitée des données ainsi que des mesures de sécurité régulièrement mises à jour. [...]

*Sur le périmètre de l'obligation de mise en œuvre de la vérification de la majorité d'âge*

**L'appréciation du président du CSA prévue à l'article 3 du projet de décret a vocation à s'appliquer au périmètre défini par la loi, à savoir les éditeurs de services de communication au public en ligne. La Commission relève que cela recouvre principalement des éditeurs de services de communication au public en ligne dont l'activité unique ou principale consiste en la diffusion de contenus pornographiques, mais peut s'étendre à de très nombreux sites qui éditent des contenus pornographiques.**

**La Commission souligne que l'exigence de mise en place d'un dispositif de vérification de la majorité d'âge à des fins légitimes de préservation des mineurs, ne saurait justifier une obligation générale d'identification préalablement à la consultation de tout site proposant des contenus. Elle rappelle que le fait de pouvoir en principe bénéficier de services de communication au public en ligne sans obligation de s'identifier ou en utilisant des pseudonymes participe à la liberté de s'informer et à la protection de la vie privée des utilisateurs. Cela constitue un élément essentiel de l'exercice de ces libertés sur internet.**

**La Commission souligne donc qu'il revient aux autorités compétentes de veiller à ce que les obligations de mise en œuvre de dispositifs spécifiques de vérification de la majorité d'âge aux fins de lutte contre l'accès des mineurs aux contenus pornographiques, et de contrôle de ces dispositifs, ne soient pas étendues au-delà du périmètre défini par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 combiné avec l'article 227-24 du code pénal.**

*Sur la nécessaire proportionnalité des procédés techniques mis en œuvre aux fins de vérification de la majorité d'âge des utilisateurs*

*En vertu de l'article 5.1-c du RGPD, les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre aux fins de vérification de la majorité d'âge des utilisateurs souhaitant accéder aux contenus pornographiques doivent être proportionnés à la finalité poursuivie. Le Comité européen de la protection des données (CEPD), dans ses lignes directrices 5/2020 du 4 mai 2020 sur le consentement, indique, s'agissant des fournisseurs de services de la société de l'information à des mineurs, que « Le caractère raisonnable d'une mesure, à la fois pour ce qui est de vérifier qu'un utilisateur est suffisamment âgé pour donner son propre consentement et que la personne donnant son consentement au nom d'un enfant est titulaire de la responsabilité parentale, peut dépendre des risques liés au traitement ainsi que des technologies disponibles » .*

**La Commission estime que la vérification de la majorité d'âge par les éditeurs diffusant eux-mêmes des contenus pornographiques, ne doit pas les conduire à collecter des données directement identifiantes de leurs utilisateurs. Une telle collecte de données présenterait, en effet, des risques importants pour les personnes concernées dès lors que leur orientation sexuelle – réelle ou supposée – pourrait être déduite des contenus visualisés et directement rattachée à leur identité. Or, une telle collecte d'informations aussi sensibles par les sites concernés serait contraire au RGPD. De plus, la multiplication de ce type de bases de données poserait de sérieux risques en cas de compromission de celles-ci par un tiers qui pourrait utiliser ces données à son profit ou les diffuser, avec un impact très significatif pour les utilisateurs concernés.**

**La Commission relève la difficulté de concilier les principes relatifs à la protection des données à caractère personnel avec tout mécanisme de contrôle de l'âge des mineurs faisant appel à une identification préalable de ceux-ci. Elle estime préférable le recours à des dispositifs consistant en la fourniture d'une preuve de la majorité d'âge. Ces services pourraient par exemple reposer sur un organisme tiers de confiance qui devraient intégrer un mécanisme de double anonymat empêchant, d'une part, le tiers de confiance d'identifier le site ou l'application à l'origine d'une demande de vérification et, d'autre part, faisant obstacle à la transmission de données identifiantes relatives à l'utilisateur au site ou à l'application proposant des contenus pornographiques. Le moyen de preuve devrait ainsi être à la main de son porteur et se limiter à un seul attribut d'âge. L'organisme tiers de confiance doit par ailleurs intégrer toutes les garanties de protection des données à caractère personnel et en particulier l'information de la personne concernée, dans des termes simples et adaptés à chaque public, sur les risques et droits liés au traitement de ses données.**

**En tout état de cause, les dispositifs de vérification de la majorité d'âge doivent strictement respecter le principe de minimisation des données.**

***Serait considérée comme contraire aux règles relatives à la protection des données la collecte de justificatifs d'identité officiels, compte tenu des enjeux spécifiques attachés à ces documents et du risque d'usurpation d'identité lié à leur divulgation et détournement. La même analyse peut être appliquée aux dispositifs destinés à estimer l'âge d'un utilisateur à partir d'une analyse de son historique de navigation, sans qu'en outre une telle collecte permette une estimation précise.***

*Enfin, la Commission considère que les procédés techniques visant à vérifier la majorité d'âge ne sauraient conduire au traitement de données biométriques au sens de l'article 9 du RGPD, compte tenu de la nature particulière de ces données et du fait que le recueil du consentement de la personne concernée ne pourrait être considéré comme libre s'il conditionne l'accès au contenu demandé. »*

Le 26 juillet 2022, la CNIL a émis plusieurs recommandations sur la vérification de l'âge en ligne. Elle a analysé les principaux types de systèmes de vérification de l'âge afin de préciser sa position sur le contrôle de l'âge sur internet, et notamment les sites à caractère pornographique pour lesquels un tel contrôle est obligatoire. Elle précise la façon dont ces éditeurs pourraient remplir leurs obligations légales. Cependant, elle constate que ces systèmes actuels sont contournables et intrusifs et appelle à la mise en place de modèles plus respectueux de la vie privée.

Elle souligne que le contrôle de l'âge de l'internaute, dans un objectif de protection de la jeunesse, est compatible avec le règlement général sur la protection des données (RGPD), à condition de présenter des garanties suffisantes pour minimiser les atteintes à la vie privée et éviter que le contrôle de l'âge soit l'occasion pour les éditeurs de récupérer des données supplémentaires sur les internautes consultant leur site. En outre, il convient d'éviter que les données soient captées par un tiers pour des usages malveillants (violation de données biométriques, hameçonnage, usurpation, chantage...).

Elle rappelle notamment **qu'il est possible d'utiliser la carte bancaire : si certains mineurs ont une carte bancaire (ou peuvent s'en procurer une) pour accéder à un site, la vérification par carte bancaire n'en demeure pas moins efficace dans la plupart des cas pour protéger les plus jeunes et s'appuie sur une technologie éprouvée, qui peut aussi être utilisée pour contrôler l'accès à des sites gratuits.** L'analyse faciale des traits du visage par un système automatique accédant à la webcam de l'ordinateur, sans reconnaissance faciale biométrique, permet également de bloquer l'accès des plus jeunes et d'autoriser l'accès des personnes ayant nettement plus de 18 ans ; elle présente en revanche des risques d'erreur pour les personnes proches de l'âge de 18 ans.

Elle précise dans sa position l'architecture souhaitable pour des dispositifs nouveaux destinés à améliorer l'efficacité du contrôle de l'âge tout en préservant la vie privée des internautes.

**Elle insiste d'abord sur la nécessité que la solution soit opérée non pas par les sites pornographiques mais par un tiers de confiance, apportant des garanties suffisantes attestées par un système de label ou de certification.**

Elle recommande ensuite que ce tiers de confiance puisse se voir transmettre une preuve d'âge fiable par une administration ou une entreprise qui connaît l'internaute et peut certifier son âge. Cette preuve serait ensuite transmise par le site de confiance ou par l'internaute lui-même au site dont l'internaute demande l'accès.

Le système préconisé par la CNIL permettrait d'apporter une triple protection de la vie privée :

- celui qui fournit la preuve d'âge connaît l'identité de l'utilisateur mais ne sait pas quel site est consulté ;
- celui qui transmet la preuve d'âge au site peut connaître le site ou service consulté mais ne connaît pas l'identité de l'utilisateur ;
- le site ou service soumis à la vérification de l'âge sait que l'internaute est majeur et qu'une personne le consulte, mais ne connaît pas son identité.

Bien que le RGPD soit déjà applicable pour ces systèmes, la CNIL estime donc urgent qu'un encadrement spécifique soit rapidement proposé pour des dispositifs plus efficaces, fiables et respectueux de la vie privée.

## - Les griefs d'inconstitutionnalité soulevés

### \* Le principe de légalité des délits et des peines

La société MG Freesites Ltd soutient que l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et l'article 227-24 du code pénal auquel il renvoie ne définissent pas en des termes suffisamment clairs et précis une infraction pénale et le comportement pouvant donner lieu à une sanction ayant le caractère d'une punition. Ces dispositions violeraient ainsi le principe de légalité des délits et des peines proclamé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le principe de légalité des délits et des peines et l'exigence de précision de la loi pénale qui en résulte, est ancienne, constante et abondante : « *aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en terme suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* » (CC, 20 janvier 1981, n° 80-127 DC). En particulier, l'infraction est édictée en méconnaissance du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines si la détermination de son auteur est incertaine (CC, 11 octobre 1984, n° 84-181 DC).

Ainsi, par exemple, le Conseil a prononcé, sur le fondement de la méconnaissance de ces exigences, plusieurs censures :

– par sa décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000 concernant la loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dont une disposition subordonnait la mise en oeuvre de la responsabilité pénale des « *hébergeurs* », d'une part, à leur saisine par un tiers estimant que le contenu hébergé « *est illicite ou lui cause un préjudice* », d'autre part, à ce que, à la suite de cette saisine, les hébergeurs n'aient pas procédé aux « *diligences appropriées* », le Conseil a estimé qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution (cons. 58, 60 à 62) ;

– par sa décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 concernant la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, le Conseil constitutionnel avait jugé que le législateur ayant fait de l'« *interopérabilité* » un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale, il devait définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier et qu'en

s'abstenant de le faire, il avait porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines (cons. 59 à 61) ;

– par la même décision, le Conseil a examiné la réforme de l'article L. 335-2-1 du code de la propriété intellectuelle qui punit le fait d'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'oeuvres ou d'objets protégés et d'inciter sciemment à l'usage d'un tel logiciel et précise que ces dispositions « *ne sont pas applicables aux logiciels destinés au travail collaboratif, à la recherche ou à l'échange de fichiers ou d'objets non soumis à la rémunération du droit d'auteur* ». Il a estimé que la notion de « *travail collaboratif* » n'était pas suffisamment claire et précise pour satisfaire au principe de légalité des délits et des peines (cons. 54, 56 et 57).

Il a jugé que ne respectaient pas les exigences de précision et de clarté certaines notions non définies aux contours vagues telles que celles de « *malversations* » en matière de faillite (décision n° 84-176 DC, du 25 janvier 1984), de « *famille* » en matière de crimes et délits incestueux (n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011 et n° 2011-222 QPC du 17 février 2012) ou encore de « *harcèlement* » en matière de harcèlement sexuel (n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012).

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne censure pas seulement des notions nouvelles et méconnues qu'il appartiendrait au législateur de définir ; sa jurisprudence vise également des notions courantes mais trop imprécises pour pouvoir fonder, sans précisions adéquates, le champ d'application de la loi pénale.

En revanche, il a rejeté une telle méconnaissance de définition claire et précise dans les cas suivants :

– par sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale, le Conseil a précisé, s'agissant d'une disposition instaurant le délit de harcèlement par un employeur portant atteinte aux droits des salariés, que « *si l'article L. 122-49 nouveau du code du travail n'a pas précisé les " droits " du salarié auxquels les agissements incriminés sont susceptibles de porter atteinte, il doit être regardé comme ayant visé les droits de la personne au travail, tels qu'ils sont énoncés à l'article L. 120-2 du code du travail ; que, sous cette réserve, doivent être rejetés les griefs tirés tant du défaut de clarté de la loi que de la méconnaissance du principe de légalité des délits* » (cons. 83) ;

– dans la même décision, il a estimé que ne méconnaissait pas le principe de légalité des délits et des peines la disposition selon laquelle le chef d'entreprise ne peut procéder à une annonce publique dont les mesures de mise en oeuvre sont de nature à affecter « *de façon importante* » les conditions de travail ou d'emploi des salariés, qu'après avoir informé le comité d'entreprise, l'inobservation de ces prescriptions étant punie des peines prévues aux articles L. 483-1, L. 483-1-1 et L. 483-1-2 du code du travail relatifs au délit d'entrave au fonctionnement des comités d'entreprise (cons. 62 à 67) ; l'emploi des termes « *de façon importante* » laisse une certaine marge d'appréciation au juge pour apprécier une situation qu'il est difficile au législateur de quantifier de manière *a priori* ;

– par sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 relative à la loi pour la sécurité intérieure, le Conseil a considéré que le principe de légalité des peines n'est pas

méconnu par les dispositions critiquées, dès lors que celles-ci définissent en termes clairs et précis le délit de « *racolage public* » (cons. 60 à 62) ;

– dans sa décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003 concernant la loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, le Conseil a énoncé que les dispositions qui prohibaient et réprimaient, d'une part, le fait de contracter un mariage « *aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française* » et, d'autre part, l'organisation d'un mariage aux mêmes fins, définissaient les faits incriminés de manière suffisamment claire et précise, sans porter atteinte au principe de la légalité des délits et des peines (cons. 43) ;

– par sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, le Conseil constitutionnel a considéré comme suffisamment claires et précises des dispositions nouvelles concernant des infractions commises en « *bandes organisées* » en relevant, d'une part, que cette notion existait dans le CP depuis 1810 et avait été reprise depuis par plusieurs réformes, d'autre part, que « *la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée, laquelle suppose la préméditation des infractions et une organisation structurée de leurs auteurs* », enfin, que « *la convention (...) des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, ratifiée par la France, a adopté une définition voisine en invitant les États adhérents à prendre les mesures adéquates pour lutter efficacement contre tout "groupe structuré de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves ou infractions établies conformément à la présente Convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel"* » (cons. 13) ; ces motifs ont été repris dans la décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010 relative à la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public (cons. 9) ;

– par la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, le Conseil a jugé que les termes « *manifestement destinés* » et « *sciemment* » sont suffisamment clairs et précis pour que les dispositions de caractère pénal qui s'y réfèrent ne méconnaissent pas le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines (cons. 56) ;

– par sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 sur les sanctions civiles réprimant le « *déséquilibre significatif* » dans les relations commerciales, le Conseil constitutionnel a écarté le grief d'imprécision de la loi au motif que le législateur s'est référé à une notion qui figure déjà dans le code de la consommation, reprenant les termes d'une directive communautaire, que la jurisprudence en a déjà précisé la portée, que la juridiction saisie peut consulter une commission composée des représentants des secteurs économiques intéressés et qu'en outre la sanction encourue est seulement pécuniaire (cons. 4).

En résumé, une « *infraction* » qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise, ou ne serait pas explicitée, peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité, si d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de compléter les lacunes du texte.

Dans sa décision n° 2018-710 QPC du 1<sup>er</sup> juin 2018 le Conseil constitutionnel a écarté un grief tiré du principe de légalité des délits et des peines relatif à l'article 227-17-1, alinéa 2, du code pénal qui réprime le fait, pour un directeur d'établissement privé

accueillant des classes hors contrat ou son représentant légal, de n'avoir pas pris, malgré la mise en demeure des autorités compétentes de l'Etat, les dispositions nécessaires pour remédier aux manquements relevés en matière d'enseignement conformes à l'objet de l'instruction obligatoire tel que défini par les articles L. 131-1-1 et L. 131-10 du code de l'éducation, sous la réserve que la mise en demeure adressée au directeur de l'établissement expose de manière précise et circonstanciée les mesures nécessaires pour que l'enseignement dispensé soit mis en conformité avec l'objet de l'instruction obligatoire.

Dans son commentaire de cette décision le Conseil constitutionnel indiquait que sur le plan matériel, le délit institué par le second alinéa de l'article 227-17-1 du code pénal est caractérisé lorsque, d'une part, le directeur de l'établissement n'a pas pris, en dépit de la mise en demeure qui lui a été notifiée par l'État, les dispositions nécessaires pour que l'enseignement soit conforme à l'objet de l'instruction obligatoire, tel que défini par l'article L. 131-1-1 précité du code de l'éducation et l'article L. 131-10 du même code (ce dernier article se limitant à faire référence au contenu de l'obligation scolaire) et lorsque, d'autre part, le directeur n'a pas procédé à la fermeture des classes. Il ajoutait que la matérialisation du délit suppose donc l'accomplissement d'un nouveau contrôle par l'inspecteur d'académie aux fins de vérification des mesures prises par le directeur de l'établissement pour améliorer la situation. C'est uniquement en cas de refus de prendre les dispositions nécessaires et de fermer les classes en cause qu'est constitué le délit, qui s'analyse donc comme une « *infraction d'abstention à caractère continu* », selon l'expression de Mmes Gouttenoire et Guérin<sup>10</sup>. Le Conseil constitutionnel soulignait enfin que la réserve d'interprétation vise à s'assurer que l'autorité académique prenne toujours soin de préciser dans la mise en demeure les mesures à prendre pour que l'établissement contrôlé puisse se mettre en conformité avec l'objet de l'instruction obligatoire.

La situation paraît toutefois *a priori* différente de la législation critiquée en l'espèce, dans la mesure où s'agissant de l'article 227-17-1, le fait de ne pas déférer à la mise en demeure est un élément constitutif de l'infraction. Dans le cas de l'article 227-24, tel n'est pas le cas et l'alinéa 3 précise simplement que les infractions prévues à cet article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans, les sites internet étant par ailleurs libres de choisir un autre dispositif visant à empêcher les mineurs d'accéder à leur site.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a elle-même développé une jurisprudence sur ce principe de légalité des délits et des peines : « *on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé. Elles n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique.* » (CEDH, 2 août 1984, Malone c. Royaume-Uni, n° 8691/79 ; CEDH, 21 octobre 2008, Salihoglu c. Turquie, n° 1606/83). Elle a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises « *qu'aussi*

---

<sup>10</sup> A. Gouttenoire, M-C Guérin, Abandon d'enfant ou de personne hors d'état de se protéger, Rép. Pén., D., n° 96



*clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire (...) la jurisprudence, en tant que source du droit, contribu[ant] nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal » (CEDH, 22 novembre 1995, SW c. Royaume-Uni, n° 20166/92, § 34 et 36). Selon la Cour, « en raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celle-ci ne peut présenter une précision absolue. L'une des techniques types de réglementation consiste à recourir à des catégories générales plutôt qu'à des listes exhaustives. Aussi de nombreuses lois se servent-elles par la force des choses de formules plus ou moins floues, afin d'éviter une rigidité excessive et de pouvoir s'adapter aux changements de situation. » La référence à des « catégories laisse [ainsi] souvent des zones d'ombre aux frontières de la définition » mais « à eux seuls ces doutes à propos de cas limites ne suffisent pas à rendre une disposition incompatible avec l'article 7, pour autant que celle-ci se révèle suffisamment claire dans la grande majorité des cas » (CEDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, n° 14307/88, § 40 ; CEDH, 15 novembre 1996, Cantoni c. France, n° 17862/91, § 31 ; CEDH, 6 octobre 2011, Soros c. France, n° 50425/06, § 51 à 53).*

Par arrêt Crim., 6 juin 2012, pourvoi n° 12-90.016, la Cour de cassation a refusé de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 227-23 du code pénal qui faisait grief à la disposition contestée de ne pas satisfaire aux exigences de clarté et de précision de la loi en ce qu'elle ne définissait pas les notions de « caractère pornographique » et « d'aspect physique d'un mineur. » La Cour de cassation a répondu « que la question posée ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux dès lors que, d'une part, l'interprétation de l'article 227-23 du code pénal, qui définit de manière suffisamment claire et précise le délit d'enregistrement ou fixation d'images ou représentations pornographiques de mineurs, entre dans l'office du juge pénal, de sorte qu'il n'est porté aucune atteinte au principe de légalité des délits et des peines, et que, d'autre part, les dispositions légales critiquées n'instaurent pas de présomption de culpabilité, la partie poursuivante ayant la charge de prouver que la personne représentée sur lesdites images pornographiques est mineure ou présente l'aspect physique d'un mineur, avant qu'il n'incombe, le cas échéant, au prévenu d'établir que cette apparence ne correspond pas à la réalité. »

Par ailleurs, par arrêt Crim., 12 janvier 2016, pourvoi n° 15-90.020 la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 227-24 du code pénal, dans sa rédaction alors applicable qui soutenait que le texte était notamment contraire au principe de légalité des délits et des peines et à la liberté d'expression en ces termes : « **Et attendu que la question ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les termes de la disposition critiquée, pour laquelle le législateur ne peut a priori énumérer tous les comportements incriminés, sont suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d'arbitraire ; que, par ailleurs, l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication ainsi qu'à la liberté d'entreprendre apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection des mineurs, sans qu'elle constitue une rupture d'égalité entre les usagers ; qu'enfin, les termes de l'article 227-24 du code pénal n'apportent aucune restriction à la liberté de conscience et à la liberté religieuse ;** »

On ajoutera que le principe de légalité des délits et des peines est applicable non pas seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle (CC, 29 décembre 1989, n° 89-268 DC ; CC, 22 avril 1997, n° 97-389 DC ; CC, 27 juillet 2000, n° 2000-433 DC).

Toutefois, s'agissant du mécanisme prévu à l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, autorisant le président de l'ARCOM de solliciter de l'autorité judiciaire à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet une injonction d'avoir à interdire l'accès à un site internet, dès lors que l'éditeur de ce site n'a pas déféré à la mise en demeure qui lui a été adressée, la Cour de cassation a jugé, à propos du mécanisme similaire mis en place au profit du président de l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), devenue Autorité nationale des jeux, par arrêt Com., 18 juin 2013, pourvoi n° 12-28.488, 12-28.489, 12-28.490, 12-28.491, 12-28.492 que de telles dispositions ne constituaient « *ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition, de sorte que ni le principe de la présomption d'innocence, ni le principe du contradictoire ne trouvent à s'appliquer à [cette procédure]* » (voir également Com., 12 juillet 2013, pourvoi n° 13-11.704, 13-15.548).

Sur ce dernier point, la société MG Freesites Ltd soutient que les mesures que le juge est habilité à prendre à la demande du président de l'ARJEL sont strictement adaptées à la nature du trouble à l'ordre public visé par l'article 61 de la loi du 12 mai 2010, c'est à dire l'exploitation d'un site de jeux sans agrément ou droit exclusif et tendent simplement à assurer l'effectivité du régime de police administrative spéciale encadrant les activités de jeux en ligne et que cette configuration ne se retrouve pas s'agissant de la procédure litigieuse organisée par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020. Elle affirme qu'une injonction de faire cesser l'accès à un site pornographique adressée pour une durée indéterminée et sans aucune restriction à un fournisseur d'accès à internet, ou un injonction de déréférencement pour une durée indéterminée adressée à un moteur de recherche, sont des mesures qui vont bien au-delà de ce qu'exigerait le rétablissement de l'ordre public ou le respect de la loi par les éditeurs des sites concernés puisque cela reviendrait selon elle à empêcher totalement la poursuite d'une activité en ligne pourtant licite. Elle en déduit que les injonctions prévues par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 s'analysent vis-à-vis des éditeurs de sites pour adultes comme de véritables sanctions.

A ce sujet on relèvera que l'article 49 de la loi n° 2022-296 du 2 mars 2022 visant à démocratiser le sport en France a remplacé la procédure judiciaire de blocage ou de déréférencement des sites de paris ou de jeux d'argent et de hasard n'ayant pas été préalablement agréés par l'Autorité nationale des jeux par une procédure administrative sous le contrôle du juge administratif<sup>11</sup>.

### **\* La liberté d'expression**

La société MG Freesites Ltd soutient également que les dispositions de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et de l'article 227-24 du code pénal tel que modifié par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 auquel l'article 23 renvoie, porteraient une atteinte à la liberté d'expression qui ne serait pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur de prévention de l'accès des mineurs aux contenus pornographiques sur Internet.

La liberté d'expression est garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans des termes particulièrement protecteurs soulignant l'importance de cette liberté dans une démocratie : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen*

---

<sup>11</sup> Voir [rapport n° 4994](#) de Mme la députée Calvez

*peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la loi ».*

La liberté d'expression et de communication s'applique aux services de communication au public en ligne et notamment à internet.

Dès sa décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, le Conseil constitutionnel a jugé sur ce fondement que le droit de libre communication et la liberté de parler, écrire et imprimer constituaient « *une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne [pouvant] en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle.* »

Dans la décision dite HADOPI I, le Conseil estime 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* » (CC, 10 juin 2009, 2009-580 DC) et a jugé que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* ». Ce faisant, il a expressément soumis les atteintes à cette liberté à son degré de contrôle le plus exigeant qui soit, celui du contrôle entier de proportionnalité (CC, 13 mars 2003, n° 2003-467 DC ; CC, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC ; CC, 28 février 2012, n° 2012-647 DC).

Cette même décision HADOPI I a reconnu l'importance, pour l'exercice de cette liberté, des services de communication au public en ligne : « *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, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services* ». Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a alors censuré un dispositif de coupure administrative de l'accès à internet de toute personne, notamment depuis son domicile, en cas d'usage non respectueux de la propriété intellectuelle. Ces pouvoirs ne peuvent incomber qu'au juge.

On relèvera par ailleurs que dans deux décisions du 21 mars 2019, le Conseil constitutionnel a consacré sur le fondement des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *une exigence constitutionnelle de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». En choisissant de faire relever cette exigence, à la fois des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946, le Conseil souligne que la protection de l'intérêt de l'enfant ne s'inscrit pas uniquement dans un cadre familial, mais peut s'étendre à d'autres aspects de la vie en société (CC, 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC et 2019-778 DC).

Cette exigence fait écho à celle « *d'intérêt supérieur de l'enfant* » reconnue par le 1° de l'article 3 de la Convention des nations-unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et par le 2° de l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ces textes prévoient en effet que, dans toute matière qui concerne l'enfant, son intérêt supérieur « *doit être une considération primordiale* ».

Le Conseil a parfois été conduit à énoncer un aspect précis de cette exigence constitutionnelle : ainsi, il a jugé que « *Cette exigence impose que les mineurs présents sur le territoire national bénéficient de la protection légale attachée à leur âge. Il*

s'ensuit que les règles relatives à la détermination de l'âge d'un individu doivent être entourées des garanties nécessaires afin que des personnes mineures ne soient pas indûment considérées comme majeures » (CC, 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC). De la même manière, il a déduit de cette exigence que « l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant » (CC, 17 mai 2013, n° 2013-669 DC) . Saisi de certains cas de placement en rétention, par exception, de mineurs étrangers accompagnés, le Conseil a évoqué, sous les doubles auspices de l'intérêt supérieur de l'enfant et du droit de mener une vie familiale normale, « d'une part, l'intérêt qui s'attache, pour le mineur, à ne pas être placé en rétention et, d'autre part, l'inconvénient d'être séparé de celui qu'il accompagne » (CC, 6 septembre 2018, n° 2018-770 DC).

Toutefois, dans la plupart des cas, le Conseil constitutionnel s'est borné à évoquer cette exigence, de manière générale.

Dans sa décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à la Constitution la possibilité de blocage de l'accès des adresses électroniques donnant accès à des sites internet diffusant des images pédopornographiques prévue à l'article 4 de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance et la sécurité intérieure en ces termes : « Considérant que l'article 4 de la loi déferée insère après le quatrième alinéa du 7 du paragraphe 1 de l'article 6 de la loi du 21 juin 2004 susvisée deux alinéas aux termes desquels : « Lorsque les nécessités de la lutte contre la diffusion des images ou des représentations de mineurs relevant de l'article 227-23 du code pénal le justifient, l'autorité administrative notifie aux personnes mentionnées au 1 du présent l les adresses électroniques des services de communication au public en ligne contrevenant aux dispositions de cet article, auxquelles ces personnes doivent empêcher l'accès sans délai.

« Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application de l'alinéa précédent, notamment celles selon lesquelles sont compensées, s'il y a lieu, les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs » ;

6. Considérant que les requérants font valoir, d'une part, que l'institution d'un dispositif de blocage des adresses électroniques donnant accès à certains sites internet constitue une mesure inappropriée voire contreproductive et d'un coût excessif au regard de l'objectif poursuivi de lutte contre la diffusion d'images pédopornographiques ; que, d'autre part, en l'absence d'autorisation judiciaire, l'atteinte portée à la liberté de communication par l'impossibilité d'accéder à ces sites serait disproportionnée ;

7. **Considérant, en premier lieu, que le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ; qu'en instituant un dispositif permettant d'empêcher l'accès aux services de communication au public en ligne diffusant des images pornographiques représentant des mineurs, le législateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation ; qu'en prévoyant que les surcoûts résultant des obligations mises à la charge des opérateurs seraient, s'il y a lieu, compensés, il n'a pas méconnu l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics ;**

8. **Considérant, en second lieu, que les dispositions contestées ne confèrent à l'autorité administrative que le pouvoir de restreindre, pour la protection des utilisateurs d'internet, l'accès à des services de communication au public en ligne lorsque et dans la mesure où ils diffusent des images de pornographie infantile ; que la décision de l'autorité administrative est susceptible d'être contestée à tout moment et par toute personne intéressée devant la juridiction compétente, le cas échéant en référé ; que, dans ces conditions, ces dispositions assurent une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; »**

Dans sa décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020, le Conseil constitutionnel a jugé s'agissant de l'obligation faite à certains opérateurs de plateforme en ligne, sous peine

de sanction pénale, de retirer ou de rendre inaccessibles dans un délai de vingt-quatre heures des contenus illicites en raison de leur caractère haineux ou sexuel : « Sur certaines dispositions de l'article 1er :

- En ce qui concerne le paragraphe I :

2. Le paragraphe I de l'article 1er de la loi déferée modifie l'article 6-1 de la loi du 21 juin 2004 mentionnée ci-dessus prévoyant que l'autorité administrative peut demander aux hébergeurs ou aux éditeurs d'un service de communication en ligne de retirer certains contenus à caractère terroriste ou pédopornographique et, en l'absence de retrait dans un délai de vingt-quatre heures, lui permet de notifier la liste des adresses des contenus incriminés aux fournisseurs d'accès à internet qui doivent alors sans délai en empêcher l'accès. Le paragraphe I de l'article 1er réduit à une heure le délai dont disposent les éditeurs et hébergeurs pour retirer les contenus notifiés par l'autorité administrative et prévoit, en cas de manquement à cette obligation, l'application d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 250 000 euros d'amende.

3. Les sénateurs requérants font valoir que ces dispositions, adoptées en nouvelle lecture, l'auraient été en méconnaissance de l'article 45 de la Constitution. Ils reprochent ensuite à ce paragraphe, qui aurait pour objet la transposition de la directive du 8 juin 2000 mentionnée ci-dessus, d'être manifestement incompatible avec celle-ci. Ils font également valoir que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication serait disproportionnée en raison de l'absence de garanties suffisantes. En outre, ils soutiennent que ces dispositions imposeraient à l'ensemble des éditeurs et hébergeurs des sujétions impossibles à satisfaire et méconnaîtraient, ce faisant, le principe d'égalité devant les charges publiques.

4. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». 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, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer.

5. **L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer. Il lui est aussi loisible, à ce titre, d'instituer des dispositions destinées à faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.**

6. **La diffusion d'images pornographiques représentant des mineurs, d'une part, et la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de tels actes, d'autre part, constituent des abus de la liberté d'expression et de communication qui portent gravement atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. En imposant aux éditeurs et hébergeurs de retirer, à la demande de l'administration, les contenus que cette dernière estime contraires aux articles 227-23 et 421-2-5 du code pénal, le législateur a entendu faire cesser de tels abus.**

7. **Toutefois, d'une part, la détermination du caractère illicite des contenus en cause ne repose pas sur leur caractère manifeste. Elle est soumise à la seule appréciation de l'administration. D'autre part, l'engagement d'un recours contre la demande de retrait n'est pas suspensif et le délai d'une heure laissé à l'éditeur ou l'hébergeur pour retirer ou rendre inaccessible le contenu visé ne lui permet pas d'obtenir une décision du juge avant d'être contraint de le retirer. Enfin, l'hébergeur ou l'éditeur qui ne défère pas à cette demande dans ce délai peut être condamné à une peine d'emprisonnement d'un an et à 250 000 euros d'amende.**

8. **Dès lors, le législateur a porté à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas adaptée, nécessaire et proportionnée au but poursuivi.**

9. Par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le paragraphe I de l'article 1er de la loi est contraire à la Constitution.

- En ce qui concerne le paragraphe II :

10. Le paragraphe II de l'article 1er crée un article 6-2 dans la loi du 21 juin 2004 imposant à certains opérateurs de plateforme en ligne, sous peine de sanction pénale, de retirer ou de rendre inaccessibles dans un délai de vingt-quatre heures des contenus illicites en raison de leur caractère haineux ou sexuel.

11. Les sénateurs requérants reprochent tout d'abord à ce paragraphe, qui aurait pour objet la transposition de la directive du 8 juin 2000, d'être manifestement incompatible avec celle-ci. Ils soutiennent ensuite que le délit sanctionnant l'absence de retrait des contenus incriminés serait contraire à la liberté d'expression et de communication. À ce titre, ils font valoir que l'atteinte portée à cette liberté ne serait pas nécessaire dès lors qu'il existe de nombreuses dispositions législatives permettant de prévenir et de réprimer la diffusion de tels propos. Cette atteinte serait également disproportionnée dans la mesure où la brièveté du délai laissé aux opérateurs pour procéder à ce retrait, couplée à la difficulté pour eux de déterminer si des propos sont ou non manifestement illicites, les incitera à retirer tout contenu signalé comme potentiellement illicite. Les sénateurs requérants estiment également que ces dispositions méconnaîtraient le principe de légalité des délits. Selon eux, le délit créé ne serait pas défini en des termes suffisamment clairs et précis dès lors qu'il pourrait résulter d'une simple négligence de l'opérateur et que ce dernier devra se livrer à un travail de qualification juridique complexe pour identifier les propos illicites. Enfin, l'absence de retrait d'un propos haineux ou à caractère sexuel étant susceptible d'être poursuivie sous plusieurs qualifications pénales, il en résulterait une violation des principes de nécessité des peines et d'égalité devant la loi pénale.

12. En application des dispositions contestées, certains opérateurs de plateforme en ligne dont l'activité dépasse des seuils définis par décret doivent, sous peine de sanction pénale, retirer ou rendre inaccessible tout contenu qui leur est signalé dès lors que ce contenu peut manifestement relever de certaines qualifications pénales énumérées par ces dispositions. Il s'agit des infractions d'apologie à la commission de certains crimes ; de 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 ou à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ou de provocation à la discrimination à l'égard de ces dernières personnes ; de contestation d'un crime contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ; de négation, de minoration ou de banalisation de façon outrancière de l'existence d'un crime de génocide, d'un autre crime contre l'humanité que ceux précités, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre lorsque ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale ; d'injure commise envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ou envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre ou de leur handicap ; de harcèlement sexuel ; de transmission d'une image ou d'une représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique ; de provocation directe à des actes de terrorisme ou d'apologie de ces actes ; de diffusion d'un message à caractère pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

**13. En adoptant ces dispositions, le législateur a voulu prévenir la commission d'actes troublant gravement l'ordre public et éviter la diffusion de propos faisant l'éloge de tels actes. Il a ainsi entendu faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers.**

14. Toutefois, en premier lieu, l'obligation de retrait s'impose à l'opérateur dès lors qu'une personne lui a signalé un contenu illicite en précisant son identité, la localisation de ce contenu et les motifs légaux pour lesquels il est manifestement illicite. Elle n'est pas subordonnée à l'intervention préalable d'un juge ni soumise à aucune autre condition. Il appartient donc à l'opérateur d'examiner tous les contenus qui lui sont signalés, aussi nombreux soient-ils, afin de ne pas risquer d'être sanctionné pénalement.

15. En deuxième lieu, s'il appartient aux opérateurs de plateforme en ligne de ne retirer que les contenus manifestement illicites, le législateur a retenu de multiples qualifications pénales justifiant le retrait de ces contenus. En outre, son examen ne doit pas se limiter au motif indiqué dans le signalement. Il revient en conséquence à l'opérateur d'examiner les contenus signalés au regard de l'ensemble de ces infractions, alors même que les éléments constitutifs de certaines d'entre elles peuvent présenter une technicité

juridique ou, s'agissant notamment de délits de presse, appeler une appréciation au regard du contexte d'énonciation ou de diffusion des contenus en cause.

16. En troisième lieu, le législateur a contraint les opérateurs de plateforme en ligne à remplir leur obligation de retrait dans un délai de vingt-quatre heures. Or, compte tenu des difficultés précitées d'appréciation du caractère manifeste de l'illicéité des contenus signalés et du risque de signalements nombreux, le cas échéant infondés, un tel délai est particulièrement bref.

17. En quatrième lieu, s'il résulte des travaux parlementaires que le législateur a entendu prévoir au dernier alinéa du paragraphe I du nouvel article 6-2 une cause exonératoire de responsabilité pour les opérateurs de plateforme en ligne, celle-ci, selon laquelle « Le caractère intentionnel de l'infraction ... peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié » n'est pas rédigée en des termes permettant d'en déterminer la portée. Aucune autre cause d'exonération de responsabilité spécifique n'est prévue, tenant par exemple à une multiplicité de signalements dans un même temps.

18. En dernier lieu, le fait de ne pas respecter l'obligation de retirer ou de rendre inaccessibles des contenus manifestement illicites est puni de 250 000 euros d'amende. En outre, la sanction pénale est encourue pour chaque défaut de retrait et non en considération de leur répétition.

**19. Il résulte de ce qui précède que, compte tenu des difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le délai imparti, de la peine encourue dès le premier manquement et de l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité, les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le paragraphe II de l'article 1er est contraire à la Constitution.**

20. Il en va de même de l'article 3 de la loi déferée, qui complète le nouvel article 6-2 de la loi du 21 juin 2004, des mots « et à l'avant-dernier alinéa du I de l'article 6-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, » figurant au second alinéa de l'article 10 et du 1° de l'article 12, qui en sont inséparables. »

Dans le commentaire de cette décision, on peut lire : « **Le Conseil a ensuite considéré qu'en imposant aux éditeurs et hébergeurs de retirer, à la demande de l'administration, les contenus que cette dernière estime contraires aux articles 227-23 et 421-2-5 du code pénal, le législateur a entendu faire cesser de tels abus.**

Cependant, le Conseil a considéré que, en dépit de la pertinence de l'objectif poursuivi, les dispositions contestées portaient à la liberté d'expression une atteinte qui n'était pas adaptée, nécessaire et proportionnée.

Le Conseil a tout d'abord constaté que la détermination du caractère illicite des contenus ne reposait pas sur leur caractère manifeste et qu'elle était soumise à la seule appréciation de l'administration. Ainsi, en visant des contenus dont le caractère illicite n'apparaît pas manifestement et peut être sujet à débat, les dispositions censurées permettaient que soient retirés des contenus en réalité licites. Par ailleurs, l'appréciation sur ce point de l'administration ne présentait pas à cet égard une garantie suffisante. [...]

Le seul fait de rechercher à faire cesser des abus de la liberté d'expression ne suffisait toutefois pas à assurer la constitutionnalité de la mesure. Il revenait ensuite au Conseil constitutionnel de vérifier si l'atteinte à cette liberté résultant des dispositions contestées était nécessaire, adaptée et proportionnée.

Or, le Conseil a relevé, en premier lieu, que l'obligation de retrait prévue par les dispositions contestées « s'impose à l'opérateur dès lors qu'une personne lui a signalé un contenu illicite en précisant son identité, la localisation de ce contenu et les motifs légaux pour lesquels il est manifestement illicite ». Ainsi, au regard de ces conditions simples de signalement, le dispositif adopté par le législateur reposait sur une possibilité très large de saisine des opérateurs. Aucun mécanisme de filtre n'était prévu ni aucune autre condition que la conviction du signalant d'être face à un contenu manifestement illicite. Cela signifiait donc que chaque opérateur pouvait être saisi d'un nombre important de signalements et qu'il lui incombait d'examiner systématiquement tous les contenus signalés afin de ne pas risquer d'être sanctionné pénalement

Or, et c'est le deuxième élément du raisonnement du Conseil constitutionnel, cette obligation d'examen pouvait se révéler complexe pour l'opérateur. En effet, si le législateur avait prévu que seuls les contenus manifestement illicites devaient être retirés par les opérateurs de plateforme en ligne, il avait en revanche retenu de multiples qualifications pénales justifiant ce retrait. En outre, l'examen devant être réalisé par l'opérateur ne devait pas se limiter au motif indiqué dans le signalement mais s'étendait à l'ensemble des incriminations pénales précitées. Le Conseil en a conclu qu'« Il revient en conséquence à l'opérateur d'examiner les contenus signalés au regard de l'ensemble [des infractions mentionnées], alors même que les éléments constitutifs de certaines d'entre elles peuvent présenter une technicité juridique ou, s'agissant notamment de délits de presse, appeler une appréciation au regard du contexte d'énonciation ou de diffusion des contenus en cause »

Cette obligation d'examen était également rendue plus rigoureuse en raison du délai de vingt-quatre heures que la loi déférée imposait aux opérateurs de plateforme en ligne pour retirer les propos illicites. À ce titre, le Conseil a relevé que, « compte tenu des difficultés précitées d'appréciation du caractère manifeste de l'illicéité des contenus signalés et du risque de signalements nombreux, le cas échéant infondés, un tel délai est particulièrement bref »

Le Conseil constitutionnel a également relevé que le législateur n'avait prévu aucune disposition permettant à un opérateur de s'exonérer de sa responsabilité pénale en raison de circonstances qui auraient rendu son examen de propos signalés particulièrement difficile ou impossible dans le délai de vingt-quatre heures (paragr. 17). S'il résultait des travaux parlementaires que le législateur avait entendu prévoir, au dernier alinéa du paragraphe I du nouvel article 6-2, une cause exonératoire de responsabilité pour les opérateurs de plateforme en ligne selon laquelle « Le caractère intentionnel de l'infraction [...] peut résulter de l'absence d'examen proportionné et nécessaire du contenu notifié », le Conseil constitutionnel a estimé que celle-ci n'était « pas rédigée en des termes permettant d'en déterminer la portée » (même paragr.). Selon l'exposé sommaire de l'amendement à l'origine de cette disposition, introduite en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, celle-ci devait permettre « de tenir compte du cas, envisagé par la Commission européenne dans ses observations sur le texte, où la nature du contenu nécessite une évaluation de son contexte plus conséquente, qui ne peut pas raisonnablement être effectuée dans le délai de 24 heures, ou de l'hypothèse dans laquelle le contenu ne doit pas être retiré car il a pour vocation de dénoncer un propos haineux ». Ce point d'interprétation avait toutefois fait l'objet d'un désaccord entre les deux assemblées, le rapporteur de la commission des lois du Sénat estimant que « La rédaction choisie, à l'inverse de ce que soutient la rapporteure de l'Assemblée nationale, élargit encore plus les cas d'engagement de la responsabilité pénale des plateformes, puisque l'infraction pourra désormais explicitement être constituée même en cas de simple négligence ». S'agissant d'un texte pénal, dont l'interprétation par le juge doit être stricte en application de l'article 111-4 du code pénal, la rédaction adoptée ne permettait en tout état de cause pas de conclure à l'existence d'une cause d'exonération spécifique pour les opérateurs.

Enfin, le Conseil constitutionnel a constaté que « le fait de ne pas respecter l'obligation de retirer ou de rendre inaccessibles des contenus manifestement illicites est puni de 250 000 euros d'amende » et que « la sanction pénale est encourue pour chaque défaut de retrait et non en considération de leur répétition ».

Le Conseil a conclu de ces différents éléments que, « compte tenu des difficultés d'appréciation du caractère manifestement illicite des contenus signalés dans le délai imparti, de la peine encourue dès le premier manquement et de l'absence de cause spécifique d'exonération de responsabilité, les dispositions contestées ne peuvent qu'inciter les opérateurs de plateforme en ligne à retirer les contenus qui leur sont signalés, qu'ils soient ou non manifestement illicites. Elles portent donc une atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée ».

**L'atteinte à la liberté d'expression et de communication ne résultait donc pas de ce que des propos illicites devaient être retirés par les opérateurs de plateforme en ligne, mais de ce que le dispositif retenu par le législateur ne pouvait que conduire à entraîner également le retrait de propos licites au seul motif qu'ils ont fait l'objet d'un signalement.**

Le Conseil constitutionnel a en conséquence déclaré contraire à la Constitution le paragraphe II de l'article 1<sup>er</sup>. »

La liberté d'expression est également proclamée à l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Pour la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), « la liberté d'expression constitue l'un des



*fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, n° 5493/72 ; CEDH, 14 février 2008, July et SARL Libération c/ France, n° 20893/03). La CEDH a souligné à plusieurs reprises l'importance de cet article qui joue non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent ; ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » (CEDH, 7 décembre 1976, Handyside c/ Royaume-Uni, n° 5493/72, § 49 ; CEDH, Plén., 26 novembre 1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni, n° 13585/88, § 59). Telle que la consacre l'article 10, la liberté d'expression est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (CEDH, [GC], 10 décembre 2007, Stoll c. Suisse, n° 69698/01 ; CEDH, [GC], 23 avril 2015, Morice c. France, n° 29369/10).*

L'article 10 § 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose ainsi que : « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.* »

Par ailleurs la Cour a développé dans sa jurisprudence des obligations positives qui incombent aux États afin de protéger l'exercice de ce droit. Par conséquent, l'article 10 de la Convention connaît un champ de protection très élargi, qu'il s'agisse de la substance des idées ou informations ou de leurs supports.

Pour ne pas enfreindre la Convention, une ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression doit être prévue par la loi, inspirée par un ou des buts légitimes au regard de l'article 10 § 2 de la Convention et nécessaire dans une société démocratique pour les atteindre.

La proportionnalité de l'ingérence doit notamment être appréciée à l'égard de l'étendue de la restriction ou de l'interdiction du discours litigieux. La Cour rappelle à cet égard que, lorsqu'elles décident de restreindre les droits fondamentaux des intéressés, les autorités doivent choisir les moyens les moins attentatoires aux droits en cause (CEDH, 3 mai 2009, *Women on waves et autres c. Portugal*, n° 31276/05, § 41).

S'agissant de la protection des personnes vulnérables, plus particulièrement au regard de leur jeune âge, celle-ci peut emporter de nombreuses conséquences sur l'exercice de la liberté d'expression sur internet.

Ainsi, la Cour juge irrecevable la requête introduite au sujet d'une condamnation pour publication de documents obscènes sur une page de prévisualisation à accès gratuit d'un site web, relevant notamment que les fichiers litigieux correspondaient précisément au type de fichiers susceptibles d'être recherchés par les jeunes personnes que les autorités nationales tentaient de protéger.

CEDH, Déc., 18 octobre 2005, [O] c. Royaume-Uni, n° 5446/03 : « *Le requérant plaide le*

caractère disproportionné de sa condamnation. Premièrement, les Etats ne devraient pas bénéficier d'une ample marge d'appréciation dans le domaine en cause, car cela reviendrait à imposer aux éditeurs de pages Web des normes morales non considérées comme nécessaires dans la société d'accomplissement des principales démarches préalables à la publication. Deuxièmement, des poursuites au titre de l'article 2 de la loi de 1959 seraient peu susceptibles d'avoir un quelconque effet significatif sur la protection de la morale, des documents semblables étant disponibles sur d'autres sites. Il y aurait lieu à cet égard d'établir un parallèle avec l'affaire *Observer et Guardian c. Royaume-Uni* (arrêt du 26 novembre 1991, série A no 216), dans laquelle la Cour avait jugé que dès lors que les informations litigieuses étaient déjà disponibles l'ordre d'empêcher la publication du livre *Spycatcher* n'était plus nécessaire. Troisièmement, d'autres mesures seraient plus efficaces pour atteindre les buts en question (comme l'utilisation de logiciels de contrôle parental, la mise hors la loi de l'accès à certains sites ou l'imposition aux fournisseurs Internet de l'obligation de bloquer l'accès aux sites en question). Quatrièmement, les sites Internet seraient rarement consultés accidentellement.

Quant au premier argument du requérant, si la diffusion des images en question peut n'avoir rien eu d'illégal dans d'autres Etats, y compris des Etats non parties à la Convention, comme les Etats-Unis, cela ne signifie pas qu'en interdisant pareille diffusion sur son territoire et en poursuivant et en condamnant le requérant l'Etat défendeur ait outrepassé sa marge d'appréciation. La Cour rappelle ici ce qu'elle a dit dans son arrêt *Handyside* précité (pp. 27-28, § 57) :

« Les Etats contractants ont fixé chacun leur attitude à la lumière de la situation existant sur leurs territoires respectifs ; ils ont eu égard notamment aux différentes manières dont on y conçoit les exigences de la protection de la morale dans une société démocratique. Si la plupart d'entre eux ont résolu de laisser diffuser l'ouvrage, il n'en résulte pas que le choix contraire des *Inner London Quarter Sessions* ait enfreint l'article 10. »

La Cour ne peut davantage accueillir le deuxième argument du requérant. Ainsi que la Cour d'appel l'a souligné, **le fait que l'on puisse considérer que la loi de 1959 ne fournit qu'une protection limitée aux personnes vulnérables ne justifierait en rien qu'un gouvernement responsable renonce à tenter de les protéger.** La présente affaire ne peut en fait être comparée à l'affaire *Observer et Guardian* invoquée par le requérant : il existe une nette différence entre ce qui est nécessaire pour préserver la confidentialité d'informations secrètes, laquelle est compromise dès la toute première publication des informations en cause, et ce qui est nécessaire à la protection de la morale, laquelle peut subir une atteinte à chaque fois qu'une personne est confrontée aux documents litigieux.

Quant au troisième argument, **le fait qu'il puisse exister d'autres mesures de protection contre les préjudices pouvant être causés par de telles publications ne signifie pas qu'un gouvernement adopte une mesure disproportionnée s'il engage des poursuites pénales, particulièrement en l'absence de preuves que les autres mesures auraient été plus efficaces.**

Quant au quatrième argument du requérant, selon lequel les sites Internet sont rarement consultés accidentellement et doivent généralement être recherchés par l'utilisateur, la Cour relève que la page Web qui a valu à M. [O] sa condamnation était librement accessible à quiconque naviguait sur Internet et que de toute manière, comme la Cour d'appel l'a souligné, les fichiers litigieux correspondaient précisément au type de fichiers susceptibles d'être recherchés par les jeunes personnes que les autorités nationales tentaient de protéger.

La Cour observe de plus que le requérant aurait pu éviter de porter préjudice à quiconque – et, par conséquent, d'être condamné – et poursuivre ses activités s'il avait veillé à ce qu'aucune photographie n'apparût sur la page de prévisualisation à accès gratuit (sur laquelle il n'y avait pas de vérification d'âge). Il choisit de ne pas procéder ainsi, certainement parce qu'il espérait attirer plus de clients en faisant figurer les photographies sur la page en question.

Dès lors, la Cour considère que la condamnation au pénal du requérant était nécessaire, dans une société démocratique, à la protection de la morale et/ou des droits d'autrui. Il s'ensuit que cette partie de la requête est manifestement mal fondée, au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. »

Selon la Cour, face au danger de pédophilie sur internet, une protection accrue de la confidentialité empêchant une enquête efficace en vue d'obtenir d'un fournisseur d'accès internet l'identité de l'auteur d'une annonce à caractère sexuel visant un mineur ne saurait être justifiée. Ainsi, la Cour juge incompatible avec l'article 8 de la Convention le manquement à contraindre le fournisseur d'accès internet à divulguer

l'identité d'une personne recherchée pour avoir placé un message indécent concernant un mineur sur un site de rencontres, relevant à cet effet le risque physique et moral que la situation litigieuse pouvait comporter pour le requérant et de la vulnérabilité due à son jeune âge (CEDH, 2 mars 2009, K.U. c. Finlande, n° 2872/02§ 41), tout en soulignant qu'internet, précisément en raison de son caractère anonyme, peut être utilisé à des fins criminelles (idem, § 48).

La Cour s'est prononcée à plusieurs reprises sur la compatibilité, avec l'article 10 de la Convention, de mesures de blocage de l'accès à certains sites internet par des autorités nationales. En substance, les requérants se plaignaient de l'effet collatéral des mesures de blocage.

Concernant le caractère justifié de la mesure de blocage, la Cour juge que si de telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention, celles-ci doivent toutefois s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus et qu'un contrôle judiciaire de telles mesures opéré par le juge, fondé sur une mise en balance des intérêts en conflit et visant à aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques quant à l'application des restrictions préventives à la liberté d'expression (CEDH, 18 décembre 2012, Ahmet Yıldırım c. Turquie, n° 3111/10, § 64). La Cour souligne en particulier la nécessité de soupeser les divers intérêts en présence en appréciant notamment la nécessité d'un blocage total de l'accès (idem § 66).

Dans sa décision CEDH, Déc., 22 juin 2006, V.D. et C.G., n° 68238/01 la CEDH a jugé à propos de l'interdiction du film « *Baise-moi* » aux moins de 18 ans que le grief tiré de la violation de l'article 10 de la Convention était manifestement mal fondé : « *Le film Baise-moi est essentiellement constitué de scènes de violence et de sexe explicites, qui rythment l'ensemble du long métrage. Dans l'arrêt rendu le 30 juin 2000, le Conseil d'Etat estima que le film « constitue (...) un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par des mineurs et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du code pénal » et que, en tant que tel, il relevait alors de l'inscription sur la liste des films pornographiques ou d'incitation à la violence. Il annula la décision du ministre « se bornant à assortir le visa d'exploitation du film Baise-moi d'une interdiction aux mineurs de moins de seize ans et d'un avertissement ».*

*Se situant essentiellement par rapport à la motivation retenue par le Conseil d'Etat, la Cour considère que les motifs de celui-ci sont pertinents et suffisants, et ne trouve donc pas déraisonnable ni excessif que les juges nationaux aient estimé que le film devait être interdit aux mineurs de dix-huit ans et qu'ils aient donc annulé la décision du ministre accordant un visa d'exploitation ne prévoyant pas une telle restriction. Elle estime notamment que, eu égard au contenu du film, la haute juridiction française a pu considérer que la confrontation avec des scènes et un univers violent aurait pu être préjudiciable à un jeune public. En outre, après avoir visionné le film, la Cour a la conviction que la décision du Conseil d'Etat ne saurait passer pour arbitraire ou excessive.*

*Certes, compte tenu de la législation alors en vigueur, l'annulation de la décision du ministre équivalait, au moins dans l'immédiat, à interdire la diffusion du film dans les salles de cinéma. Toutefois, il s'agit là d'une conséquence compréhensible du point de vue du Conseil d'Etat selon lequel une telle diffusion aurait constitué une violation du droit pénal. En outre, la Cour relève que si le film n'a plus eu de visa d'exploitation à partir du 30 juin 2000, il obtint, à la suite d'une modification législative promptement adoptée, un nouveau visa d'exploitation avec interdiction aux mineurs de dix-huit ans et sans inscription sur la liste des films pornographiques ou incitant à la violence. Le film ressortit en salles le 29 août 2001. La période pendant laquelle le film n'a pu être exploité dans le réseau normal de salles de cinéma n'a donc duré qu'environ un an et deux mois, ce qui, aux yeux de la Cour, ne l'a pas privé de toute valeur ou de tout intérêt lors de sa rediffusion, puisqu'il s'agissait d'une œuvre de fiction et non d'un film portant sur un sujet d'actualité (voir, a contrario, Association Ekin c. France, no 39288/98, §*

56, CEDH 2001-VIII). A cet égard, la Cour relève également que le film a été exploité sous forme de vidéogrammes dès le 1er février 2001.

Ainsi, eu égard aux circonstances, et à la marge d'appréciation que leur réservait l'article 10 § 2, la Cour est convaincue que les autorités nationales étaient en droit d'estimer « nécessaire » à la protection de la morale et des droits des mineurs d'annuler la décision du ministre en ce qu'elle ne prévoyait pas d'interdiction de représentation du film *Baise-moi* aux moins de dix-huit ans. »

On ajoutera, bien que le droit de l'Union ne soit pas en cause ici, que par arrêt CJCE, 14 février 2008, C-244/06, Dynamic Medien Vertirebs GmbH contre Avides Media AG, la Cour de justice des communautés européennes a dit pour droit que l'article 28 CE ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause qui interdit la vente et la cession par correspondance de vidéogrammes qui n'ont pas fait l'objet, par une autorité régionale supérieure ou un organisme national d'autorégulation volontaire, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs et qui ne comportent pas d'indication, émanant de cette autorité ou de cet organisme, de l'âge à partir duquel ils peuvent être vus, sauf s'il apparaît que la procédure de contrôle, de classification et de marquage de vidéogrammes établie par cette réglementation n'est pas aisément accessible ou ne peut pas être menée à terme dans des délais raisonnables ou bien que la décision de refus ne peut pas faire l'objet d'un recours juridictionnel.

Dans cet arrêt la Cour de justice rappelle que si la protection de l'enfant constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité CE, telle que la libre circulation des marchandises, il n'en demeure pas moins que de telles restrictions ne peuvent être justifiées que si elles sont propres à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint. Et qu'il ne fait aucun doute que l'interdiction de la vente et de la cession par correspondance de vidéogrammes qui n'ont pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs et qui ne comportent pas d'indication, émanant de cette autorité, de l'âge à partir duquel ils peuvent être vus constitue une mesure de nature à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être.

Comme rappelé *supra* par arrêt Crim., 12 janvier 2016, pourvoi n° 15-90.020, la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article 227-24 du code pénal, dans sa rédaction alors applicable qui soutenait que le texte était notamment contraire au principe de légalité des délits et des peines et à la liberté d'expression en ces termes : « **Et attendu que la question ne présente pas un caractère sérieux dès lors que les termes de la disposition critiquée, pour laquelle le législateur ne peut a priori énumérer tous les comportements incriminés, sont suffisamment clairs et précis pour exclure tout risque d'arbitraire ; que, par ailleurs, l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication ainsi qu'à la liberté d'entreprendre apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif de protection des mineurs, sans qu'elle constitue une rupture d'égalité entre les usagers ; qu'enfin, les termes de l'article 227-24 du code pénal n'apportent aucune restriction à la liberté de conscience et à la liberté religieuse ;** »

A toutes fins utiles, on signalera que la décision de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité a fait l'objet d'un commentaire à la revue Dalloz actualité

par la professeure Groffe-Charrier<sup>12</sup> : « La loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales comporte un chapitre dédié à la protection des mineurs, au sein duquel se trouve l'article 23. Ce dernier prévoit que le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique [ARCOM]) peut, lorsqu'il constate que l'éditeur d'un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, mettre en demeure celui-ci de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. En cas d'inexécution par l'éditeur dans un délai de quinze jours, il peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner aux fournisseurs d'accès à internet de mettre fin à l'accès à ce service.

Le 13 décembre 2021, le président de l'ARCOM mettait en demeure un certain nombre de sites pornographiques (Pornhub, Tukif, Xhamster, Xnxx et Xvideos.com) d'empêcher l'accès à leurs contenus par les mineurs. Les sites en cause ne s'étant pas soumis à l'obligation, le président de l'autorité administrative indépendante avait alors saisi le président du tribunal judiciaire en mars 2022. L'assignation avait toutefois été déclarée caduque et une nouvelle assignation avait été délivrée, amenant à l'audience du 6 septembre mise en délibéré au 4 octobre.

#### Les demandes de l'ARCOM

La mise en demeure de décembre 2021 ne concernait que la limitation de l'accès aux sites pornographiques afin de rendre celui-ci impossible aux mineurs. L'ARCOM constatait en effet que l'accès aux différents sites n'était conditionné que par une simple déclaration de majorité sur laquelle il suffisait de cliquer, relevant que cette mesure ne permettait pas de garantir que les mineurs ne pouvaient accéder aux contenus pornographiques.

Cependant, cette mise en demeure n'avait pas été suivie d'effet, ce qui avait donc amené le président de l'ARCOM à formuler devant le tribunal judiciaire une demande plus drastique, adressée cette fois aux fournisseurs d'accès à internet : celle du blocage pur et simple des sites, lesquels deviendraient donc, en cas de réponse positive par le juge, inaccessibles depuis le territoire français ou à partir de leurs adresses situées sur le territoire. La demande de blocage a donc un périmètre bien plus large que la mise en demeure initiale, puisqu'elle implique une inaccessibilité généralisée (pour les mineurs comme pour les majeurs) là où l'ARCOM réclamait originairement aux sites une inaccessibilité sectorielle, limitée aux seuls mineurs.

#### La question prioritaire de constitutionnalité de l'éditeur de site pornographique

La société éditrice du site Youporn est intervenue volontairement à l'instance, afin de formuler une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité. La question est ainsi libellée : « Les dispositions de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 et de l'article 227-24 du code pénal tel que modifié par l'article 22 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 (auquel l'article 23 renvoie) sont-elles conformes aux droits et libertés que la Constitution garantit que sont le principe de légalité des délits et des peines et la liberté d'expression et de communication, respectivement en ce que ces dispositions (i) ne définissent pas en des termes suffisamment clairs et précis une infraction pénale et le comportement pouvant donner lieu à une sanction ayant le caractère d'une punition, et (ii) portent une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur de prévention de l'accès des mineurs aux contenus pornographiques sur internet ? »

La société éditrice invoque ainsi, d'une part, l'absence de définition précise de l'infraction et du comportement délictuel susceptible d'être pénalement sanctionné (et donc une non-conformité de la disposition au principe de légalité des délits et des peines) et, d'autre part, l'atteinte disproportionnée à sa liberté d'expression et de communication résultant de la protection légale des mineurs quant à l'accès aux contenus pornographiques en ligne.

#### L'invocation du principe de légalité des délits et des peines

L'article 227-24 du code pénal a été modifié par la loi de 2020. L'article 22 de cette loi a en effet ajouté un dernier alinéa à la disposition : « Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans. » Or, selon la société éditrice, la disposition n'apporte aucune précision quant aux mesures à mettre en œuvre pour permettre de faire cesser

---

<sup>12</sup> J. Groffe-Charrier, Le site pornographique en question (prioritaire de constitutionnalité), D. Actualité, 18 octobre 2022

*l'infraction. De même, l'éditeur conteste le fait que l'ARCOM puisse, par l'intermédiaire de son président, mettre en demeure les sites de limiter l'accès aux mineurs et apprécier l'opportunité des mesures mises en place sans avoir pour autant à préciser celles qui devraient l'être le cas échéant (L. n° 2020-936, art. 23). Résulterait de ces différents éléments un risque d'arbitraire et, partant, d'insécurité juridique, lequel risque permettrait de caractériser la non-conformité des dispositions au principe à valeur constitutionnelle de non-conformité des délits et des peines.*

#### *L'invocation de la liberté d'expression et de communication*

*Par ailleurs, la société éditrice du site pornographique invoque le fait que l'article 23 de la loi de 2020 porte atteinte à la liberté d'expression et de communication car la mise en œuvre de la disposition a pour effet de restreindre l'accès à un site pourtant licite. Or cette atteinte serait tout à la fois non nécessaire (puisqu'intervenant au surplus d'une disposition prévoyant déjà l'obligation pour les fabricants de mettre en place un système de contrôle parental), inadaptée à l'objectif poursuivi par le législateur (car l'utilisation de l'outil technique qu'est un VPN permet aux utilisateurs de contourner les mesures de blocage ou de déréférencement) et disproportionnée, dans la mesure où il n'y aurait finalement d'autre choix que d'interdire les sites pornographiques – en dépit de leur licéité – dès lors qu'il n'existe pas de mesures unanimement considérées comme fiables. À cet égard et comme le rappelle l'auteur de la QPC, la CNIL elle-même a très récemment considéré que les systèmes actuels de vérification de l'âge en ligne sont susceptibles d'être tout à la fois contournés et intrusifs (CNIL, Vérification de l'âge en ligne : trouver un équilibre entre protection des mineurs et respect de la vie privée, 26 juill. 2022).*

#### *La réponse du tribunal*

*Le tribunal va accepter la transmission de la QPC à la Cour de cassation, après avoir étayé le caractère sérieux de la question. Il ne lui appartenait pas en effet de s'assurer du caractère nouveau de celle-ci, la charge incombant sur ce point à la Cour de cassation (ou au Conseil d'État le cas échéant). Il prend toutefois soin de relever malgré tout que les dispositions dont la constitutionnalité est discutée n'ont fait l'objet d'aucune déclaration de conformité à la Constitution et qu'aucune question prioritaire de constitutionnalité les concernant (à tout le moins dans leur version contestée) n'a été examinée par la Cour de cassation ou le Conseil d'État.*

#### *L'applicabilité de l'article 227-24 du code pénal*

*D'abord, le tribunal confirme l'analyse de la société éditrice du site pornographique : contrairement à ce qu'invoquait l'ARCOM, l'article 227-24 du code pénal (tel que modifié par l'art. 22 de la loi de 2020) était bien applicable au litige au surplus de l'article 23 de la même loi. L'ARCOM affirmait en effet que seul ce dernier article était applicable, puisqu'aucune demande de condamnation pénale n'était formulée. Or comme le relève le juge, « l'article 227-24 du code pénal visé par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 détermine l'infraction à l'origine de la procédure de demande de mise en conformité adressée par l'ARCOM aux éditeurs de sites pornographiques, qui constitue le préalable indispensable à la saisine du président du tribunal judiciaire ». Les deux dispositions étaient donc bien cumulativement applicables aux faits de l'espèce. La question prioritaire de constitutionnalité pouvait donc bien viser les deux articles, conformément à l'article 23-2, 1°, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, qui dispose que « la juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation. Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ». Le tribunal rappelle d'ailleurs à cet égard qu'une question prioritaire de constitutionnalité ne porte pas nécessairement sur une disposition unique, mais peut concerner plusieurs dispositions différentes dès lors qu'elles sont toutes applicables à l'espèce.*

#### *Une question sérieuse*

*Ensuite, le tribunal examine le caractère sérieux de la question, aussi bien en ce que celle-ci concerne l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines que l'atteinte à la liberté d'expression et de communication.*

*D'une part, la question présente un caractère sérieux en ce qui concerne la possible non-conformité des dispositions discutées au principe à valeur constitutionnelle de légalité des délits et des peines. Pour apporter une telle réponse, le tribunal se livre à un raisonnement par analogie. Certes, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer que l'article 227-24 du code pénal était rédigé en des termes suffisamment clairs et précis (Crim. 12 janv. 2016, n° 15-90.020). Cependant, l'analyse avait été faite en contemplation de la version antérieurement en vigueur de l'article, de sorte que la Cour ne s'est encore jamais prononcée sur l'alinéa 3. De même, le juge relève que la Cour a déjà considéré, à propos d'une injonction de blocage prononcée à l'encontre d'un site proposant des jeux en ligne, que le blocage*

*prononcé suite à l'absence de réponse à une mise en demeure par le site ne constituait ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition (Com. 12 juill. 2013, n° 13-11.704, Dalloz actualité, 7 févr. 2014, obs. X. Delpech ; Légipresse 2013. 525 et les obs. ). Dans le même ordre d'idée, le rapport de la commission des lois précisait que l'alinéa 3 de la disposition pénale n'était finalement rien d'autre que la codification d'une jurisprudence bien établie. Ces différents arguments (à tout le moins les deux derniers) auraient donc pu amener le juge à considérer que la question ne présentait pas de caractère sérieux. Néanmoins, le juge relève à l'inverse que le Conseil constitutionnel lui-même avait eu l'occasion d'émettre une réserve d'interprétation quant au contenu de la mise en demeure adressée sur le fondement de l'article 227-17-1 du code pénal (la disposition étant relative à la mise en demeure adressée à un directeur d'établissement privé hors contrat de prendre les dispositions nécessaires pour remédier aux manquements relevés). Le Conseil, se fondant précisément sur le principe de légalité des délits et des peines, avait relevé que la mise en demeure devait exposer de manière précise et circonstanciée les mesures à mettre en œuvre pour atteindre la conformité. Le raisonnement est alors décisif : le Conseil constitutionnel ayant affirmé la nécessité de préciser, dans une mise en demeure, les solutions à mettre en œuvre pour se conformer à l'objectif fixé afin de respecter le principe de légalité des délits et des peines, il est légitime de considérer que ce principe pourrait être atteint si une disposition prévoyait une mise en demeure imposant de se conformer à une exigence, sans préciser aucunement les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir.*

*D'autre part, la question présente également un caractère sérieux en ce qui concerne la possible non-conformité des dispositions discutées à la liberté (à valeur constitutionnelle) d'expression et de communication. Le juge commence par rappeler que le législateur est autorisé, par l'article 34 de la Constitution, à restreindre ponctuellement le périmètre de la liberté d'expression et de communication si cette restriction apparaît nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. Or cette dernière condition est en question en l'espèce : le blocage (qui constitue une limite de la liberté d'expression et de communication) est justifié par le législateur sur le terrain de la protection des mineurs (laquelle a également valeur constitutionnelle, comme en témoignent les dixième et onzième alinéas du préambule de la Constitution de 1958). Or la proportionnalité peut ici faire l'objet de débats, notamment parce que les solutions offertes en l'état actuel des techniques ne sont pas satisfaisantes, comme le relève la CNIL elle-même (v. supra). La question présente donc à cet égard également un caractère sérieux.*

*Le tribunal accepte donc de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité à la Cour de cassation. La réponse de la Cour sera sans nul doute très attendue, tant il est vrai qu'en ce domaine, la préservation des équilibres entre les intérêts antagonistes est délicate et largement tributaire des solutions techniques, aujourd'hui insuffisantes. »*

Enfin, le 25 octobre 2022<sup>13</sup>, Mme la secrétaire d'Etat auprès de la Première ministre en charge de l'enfance, a indiqué lors d'une audition à l'Assemblée Nationale devant la délégation parlementaire aux droits de l'enfant souhaiter imposer le recours à la carte bancaire pour empêcher les mineurs d'accéder aux sites pornographiques.

C'est à l'aune de tout ce qui précède qu'il appartiendra d'apprécier si les conditions de renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel sont réunies.

---

<sup>13</sup> <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/actualites-accueil-hub/audition-de-charlotte-caubel-secretaire-d-etat-aupres-de-la-premiere-ministre-chargee-de-l-enfance>