



**AVIS DE M. APARISI ,  
AVOCAT GÉNÉRAL 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**

---

Par actes des 13 et 15 juillet 2022, le Président de l'Autorité de Régulation de la Communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) a saisi le Président du Tribunal Judiciaire de Paris, sur le fondement de l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 20 juillet 2020, aux fins d'ordonner à différents fournisseurs d'accès à internet de bloquer ou déréférencer l'accès, à partir du territoire français, à divers sites internet à caractère pornographique.

Par conclusions en date du 2 septembre 2022, la société MG Freesites Ltd, éditrice du site "pornhub", visé par cette mesure, est intervenue volontairement à cette instance.

Par jugement en date du 4 octobre 2022, la formation collégiale exerçant les pouvoirs du président du tribunal judiciaire, suivant la procédure accélérée au fond, a transmis la question prioritaire de constitutionnalité suivante, soulevée par la société MG Freesites Ltd :

*"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 cette même loi (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 ? "*

### **Les dispositions contestées :**

#### **- l'article 23 de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales :**

*"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 L. 227-24 du code pénal modifié dernièrement par la loi n°2021-1539 du 30 novembre 2021, dans sa version en vigueur depuis le 02 décembre 2021 :**

*“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, y compris des images pornographiques impliquant un ou plusieurs animaux, 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.”*

---

***Sur la recevabilité de la question en ce qu’elle a été posée par une partie ayant le statut procédural d’intervenante volontaire dans le litige soumis au juge du fond :***

Les associations qui sont intervenues volontairement au présent litige portant sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité, contestent la recevabilité de la question en ce qu’elle est posée par la société MG Freesites Ltd, intervenante volontaire à la procédure d’injonction introduite par l’Arcom devant le président du tribunal judiciaire de Paris.

Elles font en particuliers valoir, d’une part, que, compte tenu de la nature de cette procédure d’injonction, l’intervention de la société MG Freesites Ltd est nécessairement accessoire, et, d’autre part, que ce statut lui interdit de poser une question prioritaire de constitutionnalité au regard de la nature et des implications de cette dernière sur le sort de la procédure.

Cependant dans un arrêt en date du 29 novembre 2022, rendu par les 5<sup>ème</sup> et 6<sup>ème</sup> chambres réunies de la section du contentieux, saisi sur requête de la société MG Freesites Ltd contestant la même mise en demeure dont elle a fait l’objet de la part de l’Arcom et qui est à l’origine de la présente procédure<sup>1</sup>, le Conseil d’Etat a jugé :

*“4. La mise en demeure prévue par les dispositions citées ci-dessus 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. La requête de la société MG Freesites Ltd ne peut, dès lors, sans qu’il soit besoin de statuer sur la demande de renvoi au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée, qu’être rejetée*

---

<sup>1</sup> Décision 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 »

*comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, y compris les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative."*

Il en ressort que le juge administratif ne s'estime pas compétent pour connaître de la procédure initiée par l'Arcom sur le fondement de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020, y compris dans sa première phase, purement administrative qui correspond à la mise en demeure des éditeurs du contenu litigieux aux fins de mise en conformité de leur dispositif de vérification de l'âge de l'internaute.

En conséquence, et sauf à priver ces éditeurs de tout contradictoire et même, de leur droit au recours, non seulement leur intervention est justifiée devant le président du tribunal judiciaire, lorsque celui-ci est saisi pour enjoindre les fournisseurs d'accès de mettre fin à l'accès aux contenus litigieux à défaut de mise en conformité des conditions d'accès à leurs sites par les éditeurs, mais elle paraît être le seul moyen, pour eux, de faire valoir leurs droits et, notamment, de contester la mise en demeure dont ils ont fait l'objet.

Dans ces conditions, leur intervention ne peut en aucun cas être qualifiée d'accessoire.

Par conséquent, et justifiant d'un droit propre et autonome au sein de la procédure qui les vise in fine, les éditeurs des contenus visés par les articles 227-24 du code pénal et, par renvoi, par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020, paraissent bien avoir qualité et intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité devant le président du tribunal judiciaire de Paris.

---

### **Sur les conditions requises pour transmettre la question :**

En application des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, il y a lieu de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité, posée dans un mémoire écrit et distinct, lorsque les conditions suivantes sont remplies:

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites,
- elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances,
- la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Les deux premières questions ne paraissent pas poser de difficulté particulière.

S'agissant du caractère sérieux de la question, un débat s'est-il noué devant le premier juge sur la nécessité de vérifier la conformité du dispositif légal au principe de légalité des délits et des peines.

Sur ce point, outre qu'il paraît délicat d'affirmer que l'article 227-24 du code pénal qui définit une infraction pénale, ne justifierait pas d'un tel contrôle, il suffit de rappeler, au

surplus, que ce contrôle ne s'applique pas qu'au champ strictement pénal mais s'applique à toute mesure ayant le caractère d'une punition<sup>2</sup> et ce, pour des sanctions de toutes natures, ainsi, par exemple, de l'obligation, en cas de manquement à leurs obligations, de diffusion d'un communiqué par les éditeurs de services de radiodiffusion sonore ou de télévision, à la demande du Conseil supérieur de l'audiovisuel<sup>3</sup> qui correspond à une hypothèse très proche de celle intéressant le présent litige.

Au demeurant, si le déréférencement d'un éditeur de site accessible sur internet ne constitue certes pas, en-soi, une sanction à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet, il paraît en revanche difficile de soutenir que tel n'est pas le cas pour l'éditeur lui-même qui perd ainsi le public auquel il a vocation à s'adresser.

L'idée d'une sanction est d'ailleurs sans doute présente à l'esprit du gouvernement lorsqu'il prévoit, dans le décret n°2021-1306 du 7 octobre 2021, décret d'application de l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020, en son article 4 :

*“Les utilisateurs des services de communication au public en ligne auxquels l'accès est empêché sont dirigés vers une page d'information du conseil supérieur de l'audiovisuel indiquant les motifs de la mesure de blocage.”*

Il en ressort que la constitutionnalité du dispositif légal critiqué par la société MG Freesites Ltd doit bien, à mon sens, être examinée à l'aune, non seulement de la liberté d'expression, mais aussi du principe de légalité des délits et des peines énoncés à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Sur ce point, il sera d'abord renvoyé, pour ce qui concerne l'article 227-24 du code pénal, à la décision de la chambre criminelle du 12 janvier 2016 et aux conclusions correspondantes de l'avocat général, Frédéric Desportes, lesquels ont d'ores et déjà écarté cette condition pour une version antérieure de ces dispositions alors que les griefs d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines, comme celui d'atteinte à la liberté d'expression étaient déjà invoqués :

*“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 ;”*<sup>4</sup>

Depuis cette décision, le législateur, dans la loi du 30 juillet 2020, a procédé à l'ajout de l'alinéa suivant, à la fin de l'article 227-24 :

*“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*

---

<sup>2</sup> Voir, par exemple : Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989

<sup>3</sup> Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000

<sup>4</sup> Crim., 12 janvier 2016, pourvoi n° 15-90.020 et l'avis de l'avocat général Frédéric Desportes développé en prévision de cet arrêt

*de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans."*

Cet ajout n'est pas de nature, à notre sens, à modifier l'appréciation faite par la chambre criminelle sur la constitutionnalité de l'article 227-24 du code pénal.

En effet, d'abord, l'alinéa qui est venu compléter cet article n'est pas à proprement parler un élément constitutif de l'infraction : il se contente d'entériner la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui estimait que le délit était constitué lorsque le dispositif de contrôle de l'âge du public susceptible d'avoir accès à la publication, était à ce point inopérant qu'il ne répondait pas à l'obligation de moyen qui, à cet égard<sup>5</sup>, pesait pénalement sur les éditeurs du contenu.

De ce point de vue, il est donc permis de constater qu'il ne modifie en réalité pas, en pratique, l'état du droit positif par rapport à celui qu'a connu et examiné précédemment la chambre criminelle lorsqu'elle a écarté tout risque d'inconstitutionnalité de l'article 227-24 du code pénal.

Ensuite, il est paradoxal d'affirmer que cet ajout pose difficulté au regard du principe de légalité des délits et des peines alors que, précisément, il vient apporter une précision à l'incrimination considérée en informant les intéressés qu'un dispositif purement déclaratif ne permettra pas de les exonérer de leur responsabilité pénale.

En ce sens, ces dispositions qui viennent compléter l'article 227-24 sont bien plutôt de nature à mieux expliciter les contours de l'infraction défini par lui et ne sont donc pas propres à créer une incertitude sur l'infraction pénale mais au contraire, apportent des éléments d'informations sur la façon de ne pas la commettre.

Ensuite, alors que la société MG Freesites Ltd estime qu'en excluant la possibilité de recourir à un dispositif déclaratif, le législateur a mis en difficulté les éditeurs de contenus pornographiques sur internet en les plaçant dans l'ignorance de ce que serait le dispositif adéquat, il peut être opposé que l'alinéa ajouté par la loi du 30 juillet 2020, laisse libre les opérateurs visés par les dispositions de l'article 227-24 du code pénal et, à travers lui, de l'article 23 précité de la loi du 30 juillet 2020, de recourir en pratique à tout dispositif de leur choix pour procéder à cette vérification, ce qui paraît moins sévère et moins attentatoire à la liberté des éditeurs de ces contenus que si un dispositif unique, identique et contraignant avait été imposé à tous.

En outre, sur ce point, et contrairement à ce que semble suggérer le mémoire déposé devant les premiers juges, à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité (§66), la Commission nationale informatique et liberté a certes relevé un certain nombre d'imperfections des dispositifs de vérification de l'âge légal existants ("*une vérification forcément imparfaite*") mais n'a pas conclu à l'impossibilité de recourir à tout dispositif de cette nature puisqu'au contraire, la commission indique dans une publication du 26 juillet 2022<sup>6</sup> :

---

5 Voir, par exemple : Crim., 23 février 2000, pourvoi n° 99-83.928, Bull. crim. 2000, n° 85

6 [Vérification de l'âge en ligne : trouver l'équilibre entre protection des mineurs et respect de la vie privée](#)  
(26 juillet 2022) - CNIL

*“La CNIL préconise également, de façon plus générale, le recours à un tiers de confiance indépendant destiné à faire obstacle à la transmission directe de données identifiantes relatives à l'utilisateur au site ou à l'application proposant des contenus pornographiques. Par ses préconisations, la CNIL poursuit le double objectif d'empêcher les mineurs de consulter des contenus inadaptés à leur âge, tout en minimisant les données collectées sur les internautes par les éditeurs de sites à caractère pornographique.”*

Et, après avoir appelé les pouvoirs publics **et les acteurs du secteur** (souligné par nous) à rechercher et développer de nouvelles solutions, elle conclut :

*“Cependant, il existe d'ores et déjà des dispositifs qui permettent d'améliorer le niveau de protection des mineurs, notamment des plus jeunes. **Plusieurs solutions sont détaillées ci-dessous, par ordre décroissant de maturité du point de vue de la CNIL.** Dans l'attente de la mise en place d'un encadrement adapté et seulement pour une période transitoire, la CNIL considère que certaines de ces solutions peuvent permettre de renforcer la protection des mineurs, à condition de veiller à leur mise en œuvre et notamment aux risques additionnels engendrés par leur utilisation.”*

Autrement dit, si les solutions existantes sont imparfaites, rien n'interdit néanmoins de les mettre en oeuvre, voire d'en rechercher d'autres plus performantes, étant entendu que l'obligation qui pèse ici sur les éditeurs de contenus n'est pas une obligation de résultat mais, seulement, une obligation de moyen efficace soumise à l'appréciation du juge.

Enfin, toujours sur la question de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines, nous ajouterons que dans la présente espèce, c'est bien l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 qui est mis en oeuvre, certes articulé avec les dispositions de l'article 227-24 du code pénal dont il assure l'effectivité au moyen de sanctions d'ordre administratif confiées à l'autorité administrative indépendante régulatrice de ce secteur économique en la personne de l'Arcom.

Or, si, comme nous venons de le voir, l'article 227-24 du code pénal paraît en tout état de cause conforme au principe de légalité des délits et des peines, il en est a fortiori de même pour l'article 23 précité, alors que les exigences sur le terrain des sanctions administratives sont par principe moins prégnantes que dans le champs strictement pénal, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans une décision du 17 janvier 1989 (décision 88-248<sup>7</sup>) :

*“34. Considérant que l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose que "la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ;*

*35. Considérant qu'il résulte de ces dispositions, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ;*

*36. Considérant que ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent 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 judiciaire ;*

---

<sup>7</sup> Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 - Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

37. *Considérant toutefois, qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements ;*"

Ainsi, le dispositif institué par l'article 23 de la loi du 30 juillet 2020 précité et fondé sur l'article 227-24 du code pénal, n'encourt pas le grief de non conformité au principe de légalité des délits et des peines dès lors que le comportement qu'il vient sanctionner sur un plan administratif est défini par un article pénal qui n'encourt, lui-même, aucun grief sur ce plan.

S'agissant enfin de l'atteinte à la liberté d'expression, Frédéric Desportes observait, dans son avis susmentionné à l'occasion du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle du 12 janvier 2016 précité par lequel la chambre criminelle a refusé la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité visant l'article 227-24 du code pénal :

*"Au cas présent, il ne fait pas de doute que la protection de la moralité et de la sécurité des mineurs constitue un objectif de valeur constitutionnelle justifiant que des restrictions soient apportées à la liberté d'expression de même qu'elle constitue un but légitime justifiant, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'instauration de telles restrictions (v. CEDH 22 juin 2006, V.D. et C.G. c/ France, à propos de la non-diffusion aux mineurs du film Baise-moi)*

*La seule question est de savoir si les limites édictées par l'article 227-24 du code pénal sont proportionnées."*

Or, s'agissant de la question de la proportionnalité des dispositions, il suffit de relever, d'une part, que les articles précités, en ce qu'ils tendent à assurer un contrôle le moins inefficace possible de l'âge des internautes susceptibles de consulter des contenus pornographiques sur internet, sont en adéquation avec l'objectif légitime poursuivi de protection des mineurs qui vient d'être évoqué et, d'autre part, que le dispositif est en tout état de cause placé sous le contrôle du juge qui, seul, peut autoriser les sanctions administratives sollicitées par l'Arcom et peut alors vérifier, que celles-ci sont appliquées conformément aux principes constitutionnels dont il est allégué la violation et ce, en fonction des contenus visés et de leur nocivité pour les mineurs dont la protection est recherchée.

Ce point essentiel est d'ailleurs notamment ce qui distingue le présent dispositif de celui qui avait été censuré par le Conseil constitutionnel à propos de la loi dite "Avia", dans la décision du 18 juin 2020 citée par le mémoire produit à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité à hauteur de cassation<sup>8</sup>.

L'intervention du juge est donc ici la garantie de la proportionnalité de la sanction administrative qui n'a rien d'automatique, ni de systématique, ce qui permet d'en vérifier la conformité avec la protection constitutionnelle due, le cas échéant, à la liberté d'expression à propos de laquelle il est permis de rappeler que sa vocation première n'est probablement pas d'assurer une impunité absolue et inconditionnelle au commerce en ligne de la pornographie.

---

<sup>8</sup> Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020 - Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet : *"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."*

Au total, le dispositif actuel, s'il est sans doute perfectible, tant sur un plan légistique que technique, ne présente donc manifestement pas de motifs saillants d'inconstitutionnalité de sorte que la question posée n'apparaît pas sérieuse.

**Avis de non lieu à transmission**