

# L'œuvre pornographique et le droit

**Frédéric Gras**

DANS **LEGICOM 2007/1 N° 37**, PAGES 79 À 89

ÉDITIONS **VICTOIRES ÉDITIONS**

**ISSN 1244-9288**

**ISBN 9782351130100**

**DOI 10.3917/legi.037.0079**

**Date de mise en ligne : 27/03/2014**

**Article disponible en ligne à l'adresse**

<https://droit.cairn.info/revue-legicom-2007-1-page-79?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour Victoires éditions.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# L'œuvre pornographique et le droit

*Frédéric Gras*

*Avocat au Barreau de Paris*

## L'ESSENTIEL

L'œuvre pornographique passe sous les fourches caudines du législateur qui organise en la matière tant un contrôle administratif *a priori*, qu'une répression pénale *a posteriori*. La répression pénale présente plusieurs inconvénients en matière de lutte contre la pornographie. C'est pourquoi il convient de faire application d'une législation fiscale venant dissuader l'initiative économique des producteurs de tout débordement pornographique. Ces deux contrôles partagent la même finalité : tenter d'organiser un monde clos pour la pornographie. Il s'agit d'empêcher qu'elle rentre en contact avec la jeunesse dont on entend préserver la moralité, parfois contre son gré, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme. Sur ce point, le législateur se voit d'ailleurs reconnaître une large marge d'appréciation par cette même Cour et l'appréciation du caractère pornographique recèle toujours la même subjectivité qu'il y a trente ans puisque, par-delà le mal, à savoir la représentation de scène de sexe non simulée et/ou de grande violence, il convient toujours de s'interroger sur l'intention du réalisateur, où pourrait se trouver le bien. ■

Un rapport du Parlement européen sur la pornographie relève, sur la question de la définition du terme, que « toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographie » (1). Le Parlement européen rejoint ici l'opinion d'Henry Miller selon lequel, « discuter la nature et le sens de l'obscénité est presque aussi difficile que de parler de Dieu » (2).

Il importe d'ailleurs de relever qu'avec l'avènement d'un État moins censeur et plus libéral, la jurisprudence sur le sujet procède pour beaucoup d'associations activistes assurant la « promotion des valeurs judéo-chrétiennes » par la lutte contre la pornographie et l'atteinte à la dignité humaine (3). Cette difficulté sémantique n'a toutefois pas empêché le législateur d'intervenir, tant dans le cadre d'un contrôle administratif *a priori*, que dans le cadre d'une répression pénale *a posteriori*.

Ces deux contrôles partagent la même finalité : tenter d'organiser un monde clos pour la pornographie, la loi incarnant en cela l'adage de Paul Claudel selon lequel « la tolérance, il y a des maisons pour cela ». Sur ce point, le législateur national se voit d'ailleurs reconnaître une large marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme et l'appréciation du caractère pornographique recèle toujours la même subjectivité qu'il y a trente ans puisque, par-delà le mal, à savoir la représentation de scène de sexe non simulée et/ou de grande violence, il convient toujours de s'interroger sur l'intention du réalisateur, où pourrait se trouver le bien (4).

## I - LA DISSUASION ÉCONOMIQUE ET FISCALE

La répression pénale présente plusieurs inconvénients en matière de lutte contre la pornographie. La première est qu'elle transforme la salle d'audience en lieu de promotion de l'œuvre et fait de son auteur un « martyr » de la liberté d'expression. Par ailleurs, elle intervient *a posteriori* et dépend du zèle du Parquet ou des parties civiles. Enfin, elle n'est dissuasive que si l'amende est supérieure aux profits procurés par l'exploitation de l'œuvre.

On conçoit que dans les années de contestation et de verve intellectuelle qu'étaient les années 1970, une telle répression ne pouvait guère constituer un frein au développement de la pornographie, vecteur d'une liberté sexuelle depuis longtemps contrainte.

C'est ici que le génie technocratique français va utiliser l'organe traditionnel de contrôle administratif *a priori* pour faire application d'une législation fiscale venant dissuader l'initiative économique des producteurs de tout débordement pornographique. A l'enfer de la bibliothèque nationale pour le livre correspond ainsi un enfer fiscal pour le cinéma.

### A - Le contrôle cinématographique et le classement « X » des films cinématographiques

L'État a toujours souhaité exercer un contrôle sur les spectacles publics. Ainsi, alors même que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 posait le principe de liberté d'expression, la loi des

1. Parl. européen, Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie, 24 septembre 1993, PE 204.502/déf.  
2. H. Miller, *L'obscénité et la loi de réflexion*, éd. Éric Losfeld, Le Terrain vague, 1971, 42 p. : on y

trouve de nombreuses citations d'auteurs sur ce thème de l'obscénité, reproduites partiellement in *LP*, 1993, n° 98, III, p. 1 à 7, dans note sous Cass. crim., 17 novembre 1992.  
3. CE, 2 février 2004, Assoc. Promouvoir (aff. Ken

Park), *LP*, 2004, n° 211, III, pp. 69-73, note F. Julien-Laférière  
4. *Ibid.*, et CE, 2<sup>e</sup> ss sect., 30 juin 2000, Assoc. Promouvoir, *LP*, 2000, n° 174, III, pp. 129-131, note E. Derieux

16-24 août 1790 subordonnait déjà les spectacles publics à autorisation municipale. Un contrôle étatique sera institué sous l'Empire par un décret du 8 juin 1806, aux termes duquel « aucune pièce ne pourra être jouée sans autorisation du ministère de la police ». Lorsque le cinéma naquit en 1906, il fut donc naturellement soumis à la réglementation des spectacles publics en tant que spectacle de curiosité. Et c'est par un arrêté du 16 juin 1916 que l'on institua, auprès du ministre de l'Intérieur, la première commission nationale de contrôle cinématographique en charge de la délivrance de visa (5). En 1919, un décret transfère le contrôle au ministre de l'Instruction publique et des beaux-arts. Enfin, un décret-loi du 29 juillet 1939 confiera ce contrôle au commissariat à l'information. L'ordonnance du 3 juillet 1945 confirmera la compétence du ministre de l'Information pour autoriser la représentation d'un film cinématographique et instaurera une composition paritaire de la commission de contrôle des films cinématographiques dont le fonctionnement sera régi par le décret n° 61-62 du 18 janvier 1961 (6), puis aujourd'hui par le décret du 23 février 1990 (7).

C'est cette commission de contrôle des films cinématographiques qui va proposer au ministre un avis consultatif sur le visa à attribuer à l'œuvre cinématographique avec la possibilité de restreindre la représentation de l'œuvre aux majeurs de plus de 12 ans ou de plus de 16 ans. En cas d'édition de vidéogrammes ou de représentation de l'œuvre par télédiffusion, l'article 5 du décret prévoit que ces restrictions d'âge doivent être mentionnées de façon à guider le public.

En 1975, pour lutter contre la prolifération de films pornographiques qui accompagnait le mouvement de libération sexuelle (8), c'est à cette même commission que l'arti-

cle 11 de la loi de finances pour 1976 du 30 décembre 1975 confiera la charge de proposer au ministre le classement du film cinématographique en film « X », c'est-à-dire pornographique.

Cet avis n'est toutefois que consultatif et le ministre de la Culture conserve sa pleine compétence pour décider de l'avis final, sous le contrôle du Conseil d'État.

En 1974, le secrétaire d'État à la Culture, Michel Guy, invitait d'ailleurs la commission de classification à ne considérer comme pornographique et à n'interdire que « les films portant gravement atteinte à l'intégrité et à la dignité de la personne humaine » (9). Vingt ans plus tard, cette même notion viendra redéfinir la notion d'outrage aux bonnes mœurs dans un article 227-24 du Code pénal venant protéger la jeunesse.

À partir de ce classement, l'œuvre pornographique va subir un traitement fiscal circonstancié de choc.

## B - L'Enfer fiscal de l'œuvre pornographique

Pour paraphraser Dante, le Code général des impôts pourrait déclamer au producteur de films pornographiques: « Vous qui entrez ici, perdez tout espoir », à tout le moins tout espoir de large profit.

L'année 1975 est celle où les foudres étatiques vont s'abattre sur la production et la diffusion de films pornographiques. Pour cela, l'État va jouer sur un autre vice de l'âme humaine: l'esprit de lucre. Deux leviers s'offrent alors à lui: exclure ces films du régime des aides au cinéma puis leur imposer un régime fiscal des plus dissuasif.

5. Sur l'histoire du contrôle administratif des films cinématographiques: G. Lyon Caen & P. Lavigne, *Traité théorique et pratique de Droit du cinéma*, LGDJ, 1957, p. 31 et s.

6. Il s'agit d'un avis consultatif et non d'un avis conforme: ceci est de tradition depuis 1916.

7. E. Derieux, *Droit de la communication*, LGDJ.

8. F. Jouffa, T. Crawley, *Entre 2 censures, le ciné-*

*ma érotique de 1973 à 1976*, Ramsay Cinéma, octobre 1989, 267 p.

9. *Ibid.*, p. 83.

Ainsi, un décret du 31 octobre 1975 exclura les films pornographiques ou d'incitation à la violence du soutien financier de l'État à la production et aucune aide ne sera allouée aux propriétaires des salles spécialisées dans la projection de ces films (10).

La même logique se retrouve aujourd'hui dans la loi du 11 juillet 1985 qui exclut la possibilité de financement par une SOFICA d'un film ayant fait l'objet d'un classement en tant que film pornographique ou d'incitation à la violence.

Par ailleurs, pour limiter la production de films pornographiques, le législateur va leur appliquer une TVA majorée. Ce sera l'article 12 de la loi de Finances pour 1976 du 30 décembre 1975 qui prévoit un taux de TVA de 33 % (au lieu de 17,6 %) sur la production et l'exploitation de films pornographiques. De surcroît, un prélèvement de 20 % sur les bénéfices de ces films sera institué en vue de les réinvestir dans des films de qualité et une majoration de la taxe spéciale additionnelle leur sera appliquée. Une taxe forfaitaire de 300 000 F sera enfin perçue sur les films pornographiques étrangers. Le régime fiscal institué était donc des plus dissuasifs.

Une telle loi fut d'ailleurs dénoncée comme une véritable censure économique, exposant

les producteurs à l'arbitraire de la classification, ce qui se vérifia avec le classement de *Emmanuelle 2* comme film pornographique alors que *L'Empire des Sens* y échappait (11). La pratique qui se développa alors fut pour certains de présenter à la commission de classification une version "soft" puis, une fois le visa obtenu, de rajouter des scènes "hard" tout en conservant la même durée de film.

Aujourd'hui, cet enfer fiscal, véritable politique administrative de dissuasion, demeure. Ainsi, sont perçus un prélèvement spécial de 33 % sur la fraction des bénéfices industriels et commerciaux imposables à l'impôt sur les sociétés ou à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 235 *ter* L, ann. II, art. 163 *septdecies* à 163 *vicies*; DB 4 L-41) (12) et une taxe sur la production, la distribution ou la représentation de films pornographiques ou d'incitation à la violence (CGI, art. 238 B) qui constituent des impôts non déductibles.

Par ailleurs, les films pornographiques ou d'incitation à la violence ne bénéficient pas du taux de TVA réduit de 5,5 % sur les recettes procurées par les droits d'entrée dans les salles où ils sont projetés (13). Le taux de 19,6 % leur est donc applicable. De même, la TVA est perçue au taux normal (et non au taux réduit) sur les cessions de droits portant

10. Décret n° 75-1010 du 31 octobre 1975, *JORF* 15 novembre 1975, p. 11333.

11. F. Jouffa, T. Crawley, *Entre 2 censures, le cinéma érotique de 1973 à 1976*, préc., p. 205.

12. Ces prélèvements s'appliquent également : - à la fraction des bénéfices qui résulte de la production, de la distribution ou de la représentation publique d'œuvres pornographiques ou d'incitation à la violence diffusées sur support vidéographique (CGI, art. 235 *ter* MA);

- aux bénéfices réalisés par les établissements dont l'accès est interdit aux mineurs en raison de leur caractère licencieux ou pornographique (CGI, art. 235 *ter* MB);

- à la fraction des bénéfices retirés des opérations de vente et de location portant sur des publications faisant l'objet d'au moins deux interdictions prévues par la loi du 16 juillet 1949 ou des œuvres pornographiques ou d'incitation à la violence diffusées sur support vidéographique (CGI, art. 235 *ter* MC).

La fraction imposable est déterminée en multipliant le bénéfice fiscal, hors report

déficitaire, par le rapport existant pour la période d'imposition entre le chiffre d'affaires non soumis au taux réduit de la taxe sur la valeur ajoutée (cf. TCA n°s 2331 et suiv.) et le chiffre d'affaires total.

La période d'imposition est, pour chaque redevable, celle qui est retenue pour l'établissement soit de l'impôt sur le revenu dû à raison de ses bénéfices industriels et commerciaux, soit de l'impôt sur les sociétés.

Le taux des prélèvements est fixé à 33 %. Il s'applique aux bénéfices des exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993.

Ces prélèvements doivent être acquittés spontanément au service des Impôts, dans le délai de souscription de la déclaration annuelle de résultats.

En outre, tout redevable des prélèvements est tenu de remettre au service des Impôts, dans le délai prévu pour le versement des prélèvements, une déclaration établie, en double exemplaire, sur un imprimé n° 3701.

Sous réserve des dispositions qui leur sont propres, les prélèvements sont établis et recouvrés selon les modalités, ainsi que sous les sûretés, garanties et sanctions applicables en matière de taxe sur la valeur ajoutée. De même, les réclamations sont présentées, instruites et jugées comme celles concernant cet impôt.

13. Le même principe est applicable aux recettes procurées par les droits d'entrée dans les établissements dont l'accès est interdit aux mineurs en raison de leur caractère licencieux ou pornographique quel que soit le genre des œuvres présentées. L'application du taux normal est indépendante de la forme juridique de l'exploitation ainsi que des exonérations et des réductions de taux prévues par les dispositions légales en vigueur. En conséquence, le taux normal s'applique aux ciné-clubs qui projettent les films en cause, même s'ils bénéficient par ailleurs de l'exonération prévue par l'article 261-7-1<sup>o</sup> du CGI (associations sans but lucratif).

sur les films pornographiques ou d'incitation à la violence (14) ainsi que sur les recettes revenant aux producteurs et distributeurs de films pornographiques ou d'incitation à la violence.

On observera que ce refus de bénéfice de la TVA à taux réduit se retrouve également en matière de presse écrite. Ainsi, sur le fondement des dispositions de l'article 72 annexe III du Code général des impôts, la commission paritaire des publications de presse pourra refuser d'accorder un numéro d'inscription auprès d'elle au motif du défaut d'intérêt général de la publication, tel qu'exigé au 1° de l'article précité.

Dans sa ligne directrice « défaut d'intérêt général », la commission paritaire retient en effet que « l'atteinte à une disposition d'ordre public conduit systématiquement à un défaut d'intérêt général » et que relèvent des publications contraires à l'ordre public, « les publications pornographiques. Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État, la commission paritaire distingue les publications pornographiques, refusées sur le fondement d'un défaut d'intérêt général, de celles dites de charme qui peuvent être admises au bénéfice du régime économique de la presse si le tiers de leur surface est considéré comme d'intérêt général, exception faite des témoignages de lecteurs » (15).

Qu'il s'agisse de cinéma ou de presse, le premier ghetto de l'œuvre pornographique est donc un ghetto fiscal censé dissuader producteurs et éditeurs de s'aventurer sur ces *terra incognita*.

Si la dissuasion fiscale n'opère pas, un uni-

vers clos va alors se construire autour de l'œuvre pornographique afin de préserver la jeunesse qui, bien souvent, n'en réclame pas tant. Mais la loi est faite par des adultes...

## II - L'UNIVERS CLOS DE LA PORNOGRAPHIE

La technique législative va consister à créer un sorte de cordon sanitaire autour de l'œuvre pornographique en empêchant qu'elle rentre en contact avec la jeunesse dont on entend préserver la moralité, parfois contre son gré, comme le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme.

### A - La protection de la jeunesse

En droit français, cette protection s'organise autour de la classification des films cinématographiques selon les dispositions du décret du 23 février 1990, de l'article 14 de la loi de 1949, de l'article 227-24 du Code pénal. Pour les films cinématographiques, la commission de classification peut proposer au ministre chargé de la Culture une mesure d'interdiction de représentation aux mineurs de dix-huit ans pour les œuvres comportant des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 susvisée (art. 3-1 du décret) (16), soit proposer d'inscrire l'œuvre cinématographique sur les listes prévues aux articles 11

14. *BO Fiscal* 3 C-1-92, 3 C-1-93, 3 C-2-94, 3 C-2-95, 3 C-1-96 et 3 C-1-97)

15. Site Internet de la DDM, rubrique CPPAP, sous rubrique « Guide juridique ». Pour la jurisprudence du Conseil d'État: « considérant que l'érotisme et la sexualité ne présente pas un caractère d'intérêt général lorsque l'élément rédactionnel est par trop absent »: CE, 26 juillet 1982, SARL Librairie des Éditions Denoël, aff. Dite « Plexus », n° 14907; CE, 17 janvier 1990, SARL Éditions des Savanes, affaire dite « Union », n° 98424; CE, 16 octobre 1996, SARL 1965 Broadway, aff. dite « Penthouse,

version française », n° 168593

16. Cet article a été introduit dans le décret de 1990 par celui du 4 décembre 2003 et doit beaucoup à l'activisme de l'Association Promouvoir contre le film « Baise Moi », qui avait abouti à l'annulation par le conseil d'État de la décision du ministre de la communication interdisant uniquement la diffusion du film aux mineurs de moins de 16 ans: CE, 30 juin 2000, Assoc. Promouvoir, *LP*, septembre 2000, n° 174, III, pp. 129-131, note E. Derieux: le Conseil d'État relevait que le film « est composé pour l'essentiel de scènes de grande violence et

de scènes de sexe non simulées, sans que les autres séquences traduisent l'intention, affichée par les réalisatrices, de dénoncer la violence faite aux femmes par la société. Qu'il constitue ainsi un message pornographique et d'incitation à la violence susceptible d'être vu ou perçu par un mineur et qui pourrait relever des dispositions de l'article 227-24 du Code pénal ». Pour une solution inverse: CE, 2 février 2004, Assoc. Promouvoir (aff. Ken Park), *LP*, mai 2004, n° 211, III pp. 69-73, préc.

et 12 de la loi n° 75-1278 du 30 décembre 1975 entraînant l'interdiction de la représentation aux mineurs de dix-huit ans, soit proposer l'interdiction totale de l'œuvre cinématographique (art. 3 du décret).

L'article 5 du décret prévoit les conséquences de la classification, à savoir que « lorsque le visa d'exploitation comporte une interdiction de représentation aux mineurs de douze, de seize ans ou de dix-huit ans, ou lorsqu'une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 précitée a été décidée, mention de l'interdiction ou de l'inscription doit être faite, de façon claire, intelligible et apparente sur toutes affiches, annonces publicitaires ou bandes-annonces concernant l'œuvre, quel que soit leur mode de diffusion. En cas de diffusion de cette œuvre par un service de communication audiovisuelle, le public doit être préalablement averti de cette interdiction ou de cette inscription, tant lors du passage à l'antenne que dans les annonces des programmes diffusées par la presse, la radiodiffusion et la télévision. Lorsqu'une œuvre cinématographique fait l'objet d'une édition sous forme de vidéogramme destiné à l'usage privé du public, mention doit être faite de façon apparente sur chacun des exemplaires édités et proposés à la location ou à la vente, ainsi que sur leur emballage, des interdictions mentionnées aux article 3 et 3-1 du présent décret qui auront pu accompagner la délivrance du visa d'exploitation. ».

Autres supports, autre loi de protection, l'article 14 de la loi de 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, vient, contrairement à ce que pourrait laisser à penser son titre, régir des publications pour adulte susceptible de nuire à la jeunesse. Ainsi dispose-t-il que « le ministre de l'Intérieur est habilité à interdire :  
- de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs de dix-huit ans les publications de toute nature présentant un danger pour la

jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique, ou de la place faite au crime ou à la violence, à la discrimination ou à la haine raciale, à l'incitation, à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants ;

- d'exposer ces publications à la vue du public en quelque lieu que ce soit, et notamment à l'extérieur ou à l'intérieur des magasins ou des kiosques, et de faire pour elles de la publicité par la voie d'affiches ;
- d'effectuer, en faveur de ces publications, de la publicité au moyen de prospectus, d'annonces ou insertions publiées dans la presse, de lettres-circulaires adressées aux acquéreurs éventuels ou d'émissions radio-diffusées ou télévisées.

Toutefois, le ministre de l'Intérieur a la faculté de ne prononcer que les deux premières, ou la première, de ces interdictions.

Les publications auxquelles s'appliquent ces interdictions sont désignées par arrêtés, publiés au Journal officiel de la République française, qui, en ce qui concerne les livres, doivent intervenir dans un délai d'un an courant à partir de la date de la parution. La commission chargée de la surveillance et du contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence a qualité pour signaler les publications qui lui paraissent justifier ces interdictions.

La vente ou l'offre couplée des publications définies à l'article 1<sup>er</sup> de la présente loi, avec des publications visées à l'alinéa précédent du présent article, est interdite.

Aucune publication ne peut faire état de ce qu'elle n'a pas fait l'objet des interdictions précitées, ni comporter de texte ou mention de nature à faire inexactement croire à une autorisation des pouvoirs publics. (17).

Sur le fondement des dispositions précitées, le ministre de l'Intérieur pourra interdire une publication pour adulte à la vente aux mineurs, le Conseil d'État rappelant que

17. L'article 14 prévoit, à titre de répression, que « les infractions aux dispositions des précédents alinéas du présent article sont punies d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3750 euros. Les officiers de police judiciaire pour-

ront, avant toute poursuite, saisir les publications exposées au mépris des dispositions de l'alinéa 2 ci-dessus ; ils pourront également saisir, arracher, lacérer, recouvrir ou détruire tout matériel de publicité en faveur de ces publications. Le tribunal pro-

noncera la confiscation des objets saisis. Quiconque aura, par des changements de titres, des artifices de présentation ou de publicité, ou par toute autre manœuvre, éludé ou fait éluder, tenté d'éluder ou de faire éluder l'application des inter-

cette interdiction « s'applique aux publications de toute nature qui présentent un danger pour la jeunesse en raison notamment de leur caractère licencieux ou pornographique, sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces publications sont ou non principalement destinées aux enfants et aux adolescents » (18). Interdire à la vente aux mineurs une publication non destinée aux mineurs ne pose pas en soi problème, sauf lorsqu'elle est assortie de l'interdiction d'exposer la revue et de faire pour elle de la publicité par voie d'affiches. Une telle mesure revient alors à tuer commercialement la publication de presse, ce d'autant plus que l'article 6 de la loi n° 47-585 du 2 avril 1947 dite loi Bichet, prévoit alors son exclusion de la société coopérative de messagerie et son interdiction d'admission dans aucune autre.

Enfin, le dernier dispositif législatif introduit dans le Code pénal en vue de la protection des mineurs est celui de l'article 227-24 qui vise à réprimer « 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 ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

Ainsi, depuis le 1<sup>er</sup> mars 1994, l'ancien délit d'outrages aux bonnes mœurs ne vise plus désormais que la protection des mineurs. Cette apparente restriction du champ d'incrimination laisse toutefois une large marge d'appréciation sur la qualification du message, de même que sur la potentialité pour lui d'être vu ou perçu par un mineur (19).

La Cour de cassation se contente, sur ce point, de relever les énonciations de l'arrêt attaqué, pour considérer que la cour d'appel a, « sans insuffisance ni contradiction, caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit » (20) ou fondé la relaxe (21), sans poser un principe définissant clairement la pornographie.

Quant aux juges du fond, ils tentent de se dédouaner de toute atteinte à la liberté d'expression en relevant que « la diffusion des propos incriminés n'est pas assimilable à une démonstration scientifique, ni à une création littéraire ou artistique qui conférerait aux descriptions en cause une spécificité de nature autre que pornographique » (22).

En résumé, la pornographie, en droit administratif ou en droit pénal, c'est l'inverse du Code de la propriété intellectuelle, pris en son article L. 112-1 : le juge s'interrogera sur le mérite ou la destination.

dictions prononcées conformément aux cinq premiers alinéas du présent article, sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 6000 euros.

En outre, et sous les mêmes peines, le tribunal pourra interdire, temporairement ou définitivement, la publication du périodique et ordonner la fermeture totale ou partielle, à titre temporaire ou définitif, de l'entreprise d'édition. Toute condamnation à plus de dix jours d'emprisonnement, pour les délits prévus au présent alinéa, entraînera, pendant une période de cinq ans à compter du jugement définitif, privation des droits visés à l'article 42, 1° et 2°, du code pénal.

Lorsque trois publications, périodiques ou non, éditées en fait par le même éditeur, ont ou auront été frappées, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juillet 1949 et au cours de douze mois consécutifs, de deux des prohibitions prévues aux deuxième, troisième et quatrième alinéas du présent article, aucune publication ou aucune livraison de publication analogue, du même éditeur, ne pourra, durant une période de cinq ans courant du jour de

l'insertion au Journal officiel du dernier arrêté d'interdiction, être mise en vente sans avoir été préalablement déposée, en triple exemplaire, au ministère de la justice, et avant que se soient écoulés trois mois à partir de la date du récépissé de ce dépôt. Le fait, de la part de l'éditeur ou du directeur de publication, de ne pas accomplir le dépôt prévu ci-dessus ou de mettre la publication dans le commerce avant la fin du délai de trois mois précité, sera puni des peines et entraînera l'incapacité prévues à l'alinéa précédent.

Quand, pendant la période de cinq ans susvisée, l'éditeur astreint au dépôt préalable ne se sera pas acquitté des obligations découlant de celui-ci, ou aura encouru deux autres interdictions prononcées en vertu de l'article 14, la durée d'assujettissement audit dépôt sera prolongée de cinq années, cette prolongation partant de l'expiration du délai de cinq ans initial. A l'égard des infractions prévues par les huitième, dixième, onzième et douzième alinéas du présent article, le directeur de publication ou l'éditeur sera poursuivi en qualité d'auteur principal ; à son défaut l'auteur et, à défaut de l'au-

teur, les imprimeurs et distributeurs seront poursuivis comme auteurs principaux. Lorsque l'auteur n'aura pas été poursuivi comme auteur principal, il sera poursuivi comme complice. Pourront être poursuivis comme complices, et dans tous les cas, toutes personnes auxquelles l'article 60 du code pénal est applicable »

**18.** CE, 28 février 1981, Sté Penthouse Publications, in E. Derieux, *Droit de la communication*, Recueil de Jurisprudence, coll. LÉGIPRESSE, Victoires Ed. : dans cette affaire, le Conseil d'État retient le caractère pornographique de la publication de presse, sans toutefois définir cette notion, elle-même non définie dans la loi !

**19.** Cf. Jurisclasseur communication, fasc. *La protection de la morale et de la jeunesse*

**20.** Cass., crim., 26 février 2003, n° pourvoi 02-83683

**21.** Cass., crim., 19 janvier 2005, n° pourvoi 04-83044.

**22.** CA Paris, 11e ch., sect. A, 14 décembre 1994 : Dr pén. 1995, comm. n° 90.

Ce mode juridictionnel de raisonnement est d'ailleurs conforté par le droit européen.

## B - La consécration de la loi nationale par le droit européen

Concernant la pornographie, le bénéfice de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a d'autant plus vocation à être restreint que son § 2 dispose 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 protection de (...) la morale ».

La première illustration de ce principe se retrouve dans l'arrêt *Handyside* contre Royaume-Uni.

En premier lieu, la Cour retient que l'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre ».

L'application d'un tel principe fait que « dès lors, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation ».

En l'espèce, « la Cour attache une importance particulière à une circonstance que l'arrêt du 29 octobre 1971 n'a pas manqué de relever: la destination du *Schoolbook*. Celui-ci s'adressait en priorité à des enfants

et adolescents de douze à dix-huit ans environ. Rédigé en un style dépouillé, direct et concret, il était aisément accessible même aux moins âgés d'entre eux ».

À partir de ce constat, la Cour considère qu'il n'y a pas eu violation de l'article 10 de la Convention.

Puis, viendra la théorie de l'univers clos et de restriction de la diffusion. On trouve une telle illustration dans l'arrêt *Müller c. Suisse* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 mai 1988 (*Rec.*, vol. 133, série A).

En cette affaire, les faits litigieux consistaient dans l'exposition de toiles représentant des scènes de zoophilie et d'homosexualité. Ces peintures ayant été saisies et confisquées pour une durée indéterminée et leur auteur condamné à une peine d'amende, la Cour a toutefois conclu à la non violation de la Convention.

C'est l'accès libre à ces œuvres, sans restriction, qui a emporté la décision de la juridiction européenne: « créés sur place, suivant le dessein d'une manifestation qui se voulait spontanée, le public y avait librement accès: les organisateurs n'avaient fixé ni droits d'entrée ni limite d'âge. Il s'agissait d'une exposition ouverte sans restrictions au grand public et cherchant à l'attirer ».

C'est également cette publicité que retient la commission dans son rapport en relevant que « cette exposition était ouverte au public en général, que l'entrée était libre et que les organisateurs n'avaient pas jugé utile d'avertir le public, par exemple en suggérant une limite d'âge, de la nature le cas échéant provocante des œuvres ».

Sur la proportionnalité de la mesure, la Cour la considère établie dès lors que la confiscation des œuvres n'était pas pour une durée illimitée mais seulement pour une durée indéterminée. La Cour considère ainsi que le propriétaire des œuvres peut demander la levée de la confiscation si l'objet ne présente plus de dangers ou si d'autres mesures, moins drastiques, suffisent à protéger la morale publique.

Cet arrêt de tolérance potentielle de la pornographie en univers clos restait donc très mesuré dans le contrôle des mesures de sanctions nationales.

Les décisions ultérieures de la Cour vont par ailleurs revenir à une protection *erga omnes* au nom des droits d'autrui et de la protection de l'intérêt général. Ainsi, par son arrêt du 20 septembre 1994 rendu dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, la Cour européenne a reconnu la nécessité dans une société démocratique de saisir et de confisquer un film jugé blasphématoire par les autorités nationales.

Il s'agissait du film *Das Liebeskonzil, le concile d'amour*, adaptation cinématographique d'une œuvre littéraire d'Oscar Paninza, qui avait déjà encouru, au XIX, les foudres de la censure. Le fait que ce film ait été projeté à un public restreint intéressé par la culture progressiste et que chaque spectateur ait pu être informé de la nature du film n'a pas empêché la Cour de considérer que « la projection envisagée doit passer pour avoir constitué une expression suffisamment publique pour être offensante ». En conséquence, la Cour ne retient aucune violation de l'article 10 de la Convention européenne puisqu'« en saisissant le film, les autorités autrichiennes ont agi pour préserver la paix religieuse ».

La Cour admet ainsi l'argumentation du Gouvernement autrichien pour qui les mesures litigieuses visaient à protéger le droit pour les citoyens de ne pas être insultés dans leurs sentiments religieux par l'expression publique des opinions d'autres personnes.

Cette décision de la Cour a toutefois motivé une opinion dissidente de trois des juges la composant. Elle a par ailleurs suscité des réticences doctrinales (23).

Il semble en effet plus logique d'admettre qu'une fois le public averti du contenu du message, la liberté de ton soit admise.

Ce n'est toutefois pas la solution retenue par la Cour européenne, dans un arrêt postérieur, relatif à la diffusion de cassettes pornographiques blasphématoires (25 nov. 1996, *aff. Wingrove c/ Royaume-Uni* : *Rec. 1996*) où la Cour reprend une motivation similaire à celle retenue dans l'affaire *Otto Preminger Institut c/ Autriche* en relevant qu'« il est de la nature des films vidéo qu'une fois mis sur le marché, ils peuvent, en pratique, faire l'objet de copie, de prêt, de location, de vente et de projection dans différents foyers, ce qui leur permet d'échapper facilement à toute forme de contrôle par les autorités ».

Par ailleurs, la Cour n'admet pas qu'un simple avertissement sur la jaquette de la cassette aurait permis au spectateur de ne pas visionner le film (§ 64), alors même que la protection recherchée était celle des droits d'autrui et non de l'ordre public.

La Cour ne se satisfait donc pas de la théorie de l'univers clos puisque le requérant évoquait une distribution en circuit restreint, à savoir celui des sex-shops, ce qui aurait pu suffire à garantir le droit des chrétiens susceptibles d'être choqués par la vision blasphématoire.

La même solution se retrouve dans une affaire *Hoare c/ Royaume Uni*, du 2 juillet 1997, où la Commission a considéré comme irrecevable la requête d'un fournisseur de vidéos pornographiques au motif que la peine d'emprisonnement de 30 mois lui ayant été infligée était proportionnée et donc nécessaire dans une société démocratique (24).

La Cour a adopté la même logique en matière de site Internet dans une affaire *Perrin c. Royaume Uni*, du 18 octobre 2005. Il s'agissait d'un site Internet relatif à des pratiques sexuelles spécifiques (fellations homosexuelles, coprophagie, coprophilie).

Se posait la question de l'application extra territoriale de la loi puisque le site dépendait

23. G. Cohen-Jonathan, Commentaire de l'article 10, in L.E. Pettiti [sous la dir. de], *La Convention européenne des droits de l'homme*: *Economica*, 1995, p. 407

24. « the Commission considers that in the circum-

stances of the present case, where obscene video cassettes were distributed to a limited circle of viewers but where there was no further control over them, where the official channels for certification of videos were not used, and where no artis-

tic merit is claimed for the works, the applicant's conviction for publishing obscene works was proportionate to the legitimate aim pursued »

d'une société immatriculée aux Etats-Unis dont l'actionnaire majoritaire était un français demeurant au Royaume-Uni. Cet actionnaire majoritaire était poursuivi sur le fondement de la loi britannique de 1959 sur les publications obscènes et avait été condamné à 30 mois d'emprisonnement, condamnation confirmée en appel au visa de l'arrêt *Handyside* et de la décision de la commission du 2 juillet 1997 *Hoare c/ Royaume Uni* qui avait considéré que la loi de 1959 était suffisamment précise pour que la mesure soit considéré comme « prévue par la loi ».

En cette espèce, la Cour confirme que la mesure :

- est bien prévue par la loi ;
- poursuit 2 buts légitimes : la protection de la morale et des droits d'autrui
- est bien nécessaire dans une société démocratique en ce qu'elle est proportionnée et répond à un besoin social impérieux.

A ce sujet, la Cour relève : « aujourd'hui, comme à l'époque de l'arrêt *Handyside*, il n'est pas possible de trouver dans les ordres juridiques et sociétaux des États membres une conception européenne uniforme de la morale. ».

Sur le fait que le site était basé aux Etats-Unis où un tel site était légal, la Cour retient que « le fait que la diffusion des images litigieuses ait été légale dans d'autres États, y inclus des États non contractants comme les Etats-Unis, n'implique pas qu'en proscrivant la diffusion de tels messages sur son territoire, en poursuivant et en condamnant le requérant, l'État défendeur ait excédé la marge d'appréciation lui étant reconnue ».

Quant à l'appréciation du caractère nécessaire de la sanction pénale, la Cour répond point par point aux arguments du requérant.

Elle relève en premier lieu que si la loi de 1959 n'offrait qu'une protection limitée aux personnes vulnérables puisque des publications semblables étaient disponibles sur d'autres sites, « ce n'est pas une raison jus-

tifiant qu'un Gouvernement responsable doive abandonner toute tentative de protection.../..le dommage étant causé à chaque fois qu'une personne est confrontée à ce discours ».

Par ailleurs, selon la Cour, le fait qu'il existe d'autres mesures pour restreindre l'accès à ce genre de discours, ne rend pas disproportionnée les poursuites pénales.

De surcroît, est considéré sans incidence le fait que les sites Internet soient rarement consultés accidentellement et doivent être recherchés par l'utilisateur. La Cour relève en effet que « la page de garde du site, qui a valu aux requérant sa condamnation, était accessible à tous et que ce type de message pouvait être de ceux recherchés par de jeunes personnes que les autorités nationales souhaitaient protéger.../..la Cour observe qu'il aurait été possible pour le requérant d'éviter le dommage, et en conséquence, la condamnation, tout en poursuivant son activité professionnelle, en s'assurant qu'aucune photographie n'était disponible sur la page de garde du site, accessible gratuitement sans condition d'âge. Il choisit de ne pas le faire, sans doute car il espérait ainsi générer plus de connexions à son site ».

L'univers clos de la liberté d'expression pornographique se doit donc d'être à l'image des maisons, dont les volets cachaient les turpitudes intérieures.

Enfin, sur la peine de prison, la Cour considère qu'une peine de prison était manifestement proportionnée au regard de l'obscénité caractérisée du message et du fait que « la finalité de ce dernier était purement commerciale et que rien ne permettait de suggérer que ledit message contribuait à un débat d'intérêt public ou présentant un mérite artistique »

Sur la durée de la peine de prison, la Cour retient enfin qu'« en fixant la peine, les juridictions nationales ont apprécié l'importance de l'infraction. L'évaluation dépend de leur besoin de protection de la morale, domaine dans lequel les autorités nationales

se voient traditionnellement reconnaître une large marge d'appréciation ».

Sur cette question de l'appréciation de la nécessité de la mesure, il peut paraître souhaitable, plus de trente ans après l'arrêt Handyside, d'élaborer un standard européen qui garantirait un contrôle plus effectif.

Ceci vaut d'autant plus que de nombreuses œuvres littéraires illustrent le fait que la distinction entre œuvre licencieuse et œuvre politique n'est pas toujours opérante (*Les liaisons*

*dangereuses* de Laclos, *La philosophie dans le boudoir* du Marquis de Sade, *L'amant de Lady Chatterley* de D. H Lawrence,...).

Pour reprendre le propos de Maurice Druon, en son ouvrage *La volupté d'être*, on nous a bien placé l'enfer dans la région pelvienne et le droit ne sait trop comment s'en défaire.

F. G.