

N° 440154 – Pornostop

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 17 janvier 2022

Décision du 1^{er} février 2022

Mentionnée aux Tables

Conclusions

Mme Cécile Barrois de Sarigny, Rapporteur publique

« Une femme sur deux pense que sa vulve n'est pas "parfaite" (...) Il n'y a qu'une seule vulve parfaite, la vôtre ! »¹. C'est en faisant passer ce message, et plus généralement en cherchant à briser les tabous et décomplexer les femmes sur leur anatomie, que la société Essity France, commercialise sous la marque Nana, des produits d'hygiène féminine.

La campagne publicitaire de cette dernière, diffusée entre les mois de septembre et d'octobre 2019 s'est appuyée sur un spot, qui est au cœur du présent litige. D'une durée de trente seconde, ce petit film intitulé « *Viva la vulva* » enchaîne une succession de représentations suggérées ou métaphoriques du sexe féminin, dans lesquelles apparaissent les produits de la marque. Il n'a pas laissé indifférent. Si un grand nombre de réactions se sont avérées positives², il est des téléspectateurs, assez nombreux également, qui se sont montrés moins enthousiastes ; 2500 d'entre eux ont saisi le CSA dont l'association Pornostop qui vient vers vous aujourd'hui.

Cette dernière conteste le refus opposé par l'autorité publique indépendante de mettre en demeure les éditeurs de service de télévision ayant diffusé le message publicitaire de respecter leurs obligations de protection de l'enfance, ainsi que le rejet de son recours gracieux.

La requête de l'association nous **paraît recevable**, contrairement à ce que soutient le régulateur audiovisuel³.

Vous admettez, depuis les décisions M. A... du 7 février 2017 (388621, Rec. T. p. 789) et Commune de Cassis du 14 février 2018 (406425, rec. T.) qu'une personne non spécifiquement habilitée pour saisir le CSA par la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (article 42) a qualité pour le faire dès lors qu'elle dénonce un comportement d'un opérateur portant atteinte à ses intérêts. Celle-ci peut alors contester devant le juge le refus de l'autorité de faire usage de l'un des pouvoirs qu'il tire de la loi, soit

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=0XsfTfYdOU>, <https://www.nana.fr/nos-produits/viva-la-vulva/>.

² cf. avis Jury de déontologie publicitaire, 13 décembre 2019, <https://www.jdp-pub.org/avis/nana-clm-bbdo-television-plaintes-non-fondees/>

³ Qui n'était pas, au jour de la décision attaquée, encore devenu l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique, ARCOM.

pour l'essentiel, une mise en demeure ou une sanction. L'association Pornostop, dont l'objet est de « *lutter contre ... l'exposition des mineurs à la pornographie en ligne et sur tout autre moyen de communication* » fait bien valoir que le comportement d'un opérateur porte atteinte à ses intérêts lorsqu'elle dénonce le caractère nuisible pour les enfants d'une publicité diffusée à l'antenne en raison de sa connotation sexuelle et des horaires auxquels elle est visible. Par ailleurs, si sa demande adressée au régulateur était assez floue, force est de constater que dans la réponse qu'il lui a adressée le 25 octobre 2019 le CSA indique clairement ne pas vouloir sanctionner de manquement, ce qui traduit un refus de faire usage de ses pouvoirs législatifs. La décision prise sur recours gracieux indique donc à juste titre qu'elle est susceptible de recours devant vous.

Aucun des moyens de **légalité externe** ne devra vous retenir.

Le moyen d'incompétence est mal dirigé contre le courrier de notification de la décision du 25 octobre 2019, sans incidence sur la légalité de cette dernière (v. 7 mai 1952, K..., n° 8768, en A ; et 9 décembre 1970, SCI « Résidence des Sablons », en A). Ce courrier a été compétemment signé⁴. Le CSA apporte la preuve que sa décision initiale a été régulièrement adoptée, tout comme celle du 17 février 2020 répondant au recours gracieux.

Le moyen d'insuffisance de motivation est inopérant⁵. Il en va de même du moyen tiré de ce qu'en ne mentionnant pas dans ses courriers de notification les noms de l'ensemble des membres ayant participé à la délibération, le CSA n'a pas mis l'association en mesure de vérifier leur impartialité et leur indépendance⁶ et du moyen tiré de l'impossibilité de vérifier le respect du quorum⁷.

Enfin, il ne ressort pas des termes des décisions attaquées que le CSA n'aurait pas examiné la demande qui lui a été adressée par l'association Pornostop, alors même que sa réponse est globalement adressée à l'ensemble des personnes qui se sont plaintes de la diffusion de la publicité.

Venons-en à la **légalité interne**, qui constitue le cœur de l'argumentation de l'association requérante.

⁴ Par Guillaume Blanchot, directeur général. L'article 1er de la décision n° 2019-P-01 du 4 février 2019 du président du CSA qui lui donne délégation de signature « à l'effet de signer, dans la limite de ses attributions et au nom du président (...), tous actes relatifs au fonctionnement, à l'exercice des missions et à la représentation du CSA en justice ».

⁵ Qu'il repose sur les dispositions du code des relations entre le public et l'administration, ou de la loi de 1986, voir sur ce dernier point en dernier lieu, 13 novembre 2019, M. C..., 425933, inédite.

⁶ Que garantit la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Une telle mention ne s'impose s'agissant des autorités administratives ni en vertu des textes ni de la jurisprudence (cf. 20 mai 1960, L..., p. 346).

⁷ Satisfait par ailleurs en l'espèce.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Le contenu des messages publicitaires fait l'objet en France, d'un contrôle a priori assuré par l'autorité de régulation professionnelle de la publicité. Cette instance, administrée par les représentants de la profession, ne dispose toutefois pas d'un pouvoir contraignant. Elle a en l'occurrence émis un avis favorable à la diffusion du film publicitaire « Viva la vulva ».

En complément, l'article 14 de la loi du 30 septembre 1986 confie au CSA une mission contrôle, « *par tous moyens appropriés, sur l'objet, le contenu et les modalités de programmation des émissions publicitaires diffusées par les services de communication audiovisuelle* ». Cette mission s'exerce a posteriori à l'occasion de la diffusion de la publicité⁸, à l'égard des services de communication.

Le présent litige conduit à s'interroger sur les normes opérantes dans le cadre de ce contrôle.

L'association requérante, selon laquelle le message diffusé est susceptible de perturber des jeunes enfants, se prévaut tout d'abord des articles 1^{er}, 3-1, 14, 15 et 17-1 de la loi du 30 septembre 1986.

Cette dernière disposition, relative aux « différends » dont le CSA peut être saisi par un éditeur ou un distributeur de services, un exploitant de systèmes d'accès ou un prestataire auquel ces personnes peuvent recourir est manifestement inapplicable en l'espèce.

Les autres dispositions peuvent être classées en deux catégories.

D'un côté, l'article 14 de la loi, qui réglemente spécifiquement le contenu des messages publicitaires. Peut lui être rattaché l'article 1^{er} de la loi, qui encadre la liberté d'expression.

De l'autre, les dispositions des articles 3-1, de la ligne directrice qui le précise (également invoquée) et 15 de la loi de 1986, qui encadrent les programmes audiovisuels.

On comprend que les requérants ne se soient pas cantonnés à invoquer l'article 14 qui concerne le plus directement la publicité, dès lors que celui-ci n'évoque pas la protection de l'enfance, mais seulement le « *respect de la dignité de toutes les personnes et à l'image des femmes qui apparaissent dans ces émissions publicitaires* », ainsi que les publicités accompagnant les programmes destinés à la jeunesse, ce qui est plus restreint. Les autres dispositions ciblent plus précisément les préoccupations dont se prévaut Pornostop. L'article 1^{er} de la loi de 1986 permet que la liberté d'expression soit limitée compte tenu des nécessités, notamment « *de la protection de l'enfance et de l'adolescence* ». L'article 3-1 exige du CSA qu'il « *porte une attention particulière aux programmes des services de communication audiovisuelle destinés à l'enfance et à la jeunesse* » et l'article 15 qu'il « *veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les*

⁸ Décision n° 92-1133 du 22 décembre 1992 relative à l'exercice du contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur les messages publicitaires diffusés par les sociétés de radio et de télévision.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle » ou encore « à ce que des programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient pas mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle ... ».

L'invocation des articles 3-1 et 15 est toutefois inopérante dans le présent litige. Ces dispositions concernent des programmes et non des émissions publicitaires qui sont vous le savez deux notions bien distinctes, le message publicitaire – défini par le décret du 27 mars 1992- constituant même une interruption dans le programme. Les deux types de diffusion relèvent de dispositions législatives mais aussi réglementaires distinctes⁹. D'ailleurs, si vous jugez que le CSA est habilité par l'article 15 loi du 30 septembre 1986 à prendre des dispositions réglementaires relatives à la protection de l'enfance et de l'adolescence (9 février 2005 Société Canal Calédonie n° 265869 p. 39), vous jugez à l'inverse que l'autorité n'est nullement habilitée à fixer les règles relatives à la publicité, notamment son accès (3 juillet 2000 Société civile des auteurs réalisateurs producteurs et autres n°s 218358 218458 219038 219262 p. 289).

Pour autant, nous avons peu de doute sur le fait que le CSA soit bien chargé de veiller à la protection de l'enfance et de l'adolescence lorsqu'il exerce son contrôle du contenu des messages publicitaires. L'article 14 ne l'indique pas expressément mais son évocation des objectifs du contrôle n'est en rien limitative. Le « *respect de la dignité de toutes les personnes* » qui y figure englobe d'ailleurs dans une certaine mesure la protection de l'enfance. Cette disposition doit en outre être lue en lien avec l'article 1^{er} de la loi de 1986 qui chapeaute l'ensemble des dispositions de la loi lequel évoque bien la protection de l'enfance. Les articles 3-1 et 15, ne nous paraissent en réalité que décliner ce principe pour les programmes, l'interprétation de l'article 14 peut donc se faire à la lumière de ces derniers. Vous pourrez d'autant plus y procéder que les mesures réglementaires d'application de la loi de 1986 relative à la publicité, soit le décret du 27 mars 1992, disposent que « *La publicité doit être conforme aux exigences de véracité, de décence et de respect de la dignité de la personne humaine* » (article 3) et « *ne doit pas porter un préjudice moral ou physique aux mineurs* » (article 7).

Il appartient donc au CSA de veiller à la protection de la jeunesse y compris à l'occasion de la diffusion des messages publicitaires.

Ainsi que vous venez de le juger nettement, dans une décision aux tables sur ce point, le refus par le CSA de constater un manquement aux obligations de la loi du 30 septembre 1986

⁹ Article 2 du décret n°92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application des articles 27 et 33 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 et fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

relève d'un contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (6 mai 2021, Syndicat des radios indépendantes, 435540, Rec. T.)

Nous vous proposons, en vérité sans trop d'hésitation, de confirmer l'analyse du régulateur et de considérer qu'aucun manquement aux dispositions de la loi de 1986 qui garantissent la protection de l'enfance n'a été commis¹⁰.

On trouve peu de précédents dans votre jurisprudence relative à la protection de l'enfance dans les messages diffusés par les services de communication audiovisuelle ; ils concernent en outre des programmes au sens stricts et non des messages publicitaires. Notons cependant que vous avez validé une sanction ou mise en demeure du CSA pour méconnaissance des dispositions de protection du jeune public s'agissant de propos tenus à la radio de façon réitérée décrivant de façon « crue, détaillée et banalisée » des pratiques sexuelles (v. 22 octobre 2010, Société Vortex, n° 324614-329280, inédite ; 17 octobre 2008, Société Vortex, n° 292547, inédite ; 11 décembre 2006, Société Vortex, n° 281617, inédite) ou de la retransmission de matchs organisés à l'étranger d'un sport de combats de grande violence non autorisés en France (v. 18 décembre 2009, Société Canal Plus, n° 310646, aux tables).

Nous sommes bien loin de ces configurations. Le film publicitaire litigieux n'a, contrairement à ce qui vous est suggéré, aucun caractère pornographique, soit qui présente, au sens des articles L. 311-2 et R. 211-12 du code du cinéma et de l'image animée des « *scènes de sexe (...) de nature, en particulier par leur accumulation, à troubler gravement la sensibilité des mineurs* ». La vulve, qui en est le sujet, n'est jamais montrée sous sa forme anatomique réelle ni donnée directement à voir ; elle est seulement suggérée, métaphoriquement, sous forme de coquillage, de fruit ou encore d'origami, dans un clip rythmé¹¹ aux couleurs acidulées. Les femmes, qui ne sont pas représentées de manière dégradante, n'adoptent aucun comportement suggestif d'un acte sexuel. Les images ne sont pas davantage obscènes ni choquantes à l'égard des jeunes enfants. Le sujet est au contraire traité de manière légère et souriante. Le tout, enfin, est en rapport direct avec les produits d'hygiène dont la séquence fait la promotion.

Le CSA n'a commis aucune erreur d'appréciation.

Vous pourrez également écarter le moyen tiré de la **méconnaissance des articles 3-1 et 6 de la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990**. Le second est inopérant car la stipulation n'est pas directement invocable par les particuliers (29 décembre 1997, Epoux S..., n° 170098, Rec. T., Section, 31 octobre 2008, Section française de l'OIP, n° 293785, Rec, pour les § 2 et 3). L'article 3-1, dont vous avez admis l'effet direct

¹⁰ Précisons que la question de la dégradation de l'image de la femme, que les dispositions de la loi de 1986 protègent également n'est pas invoquée en l'espèce, alors pourtant que le CSA a explicitement pris position sur ce point.

¹¹ Sur fond de reprise de Take Yo' Praise, de Camille Yarbrough.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

(22 septembre 1997, Mlle X..., n° 161364, rec.) exige quant à lui la prise en compte, comme une considération primordiale, de l'intérêt sur supérieur de l'enfant dans toutes les décisions des autorités privées ou publiques qui concerne les enfants. Il nous semble à la réflexion que tel est bien le cas en l'espèce. Vous retenez une lecture généreuse du champ d'application de l'article 3-1 de la Convention de New-York, jugeant qu'il peut être invoquée à l'encontre d'un acte réglementaire comme individuel¹², lorsque celui-ci concerne directement l'enfant mais aussi lorsqu'il affecte, de façon suffisamment directe et certaine, sa situation (25 juin 2014 M. N E... n° 359359 au Rec). Et lorsqu'une décision peut, dans une configuration particulière, avoir des conséquences spécifiques sur la situation d'un enfant, l'applicabilité de la stipulation s'en déduit, comme en atteste votre décision Ministre de l'intérieur c. P J..., relative à une mesure d'expulsion du domaine public susceptible de concerner des enfants (395911, Rec. T.).

Si le CSA avait pris position sur un programme pour enfant, nous n'aurions aucun doute pour considérer que l'article 3-1 est un moyen opérant. C'est moins évident en l'espèce. Toutefois, dès lors que la loi de 1986, nous venons de le voir, confère un rôle au CSA dans la protection des enfants, le refus par ce dernier de faire usage de ses prérogatives à l'égard des services de communication audiovisuelles alors que cela lui a été demandé précisément pour garantir la protection des droits de l'enfant nous paraît bien être susceptible d'affecter ces derniers. Le caractère suffisamment direct et certain se déduit ce que le CSA a été sollicité dans le but de protéger les enfants et qu'il a donc, au moins implicitement (la décision attaquée ne prend pas parti sur ce point), refusé d'y répondre favorablement. Nous aurions plus de difficulté à raisonner de la sorte si tel n'avait pas été le cas, tout refus de sanction ou de mise en demeure du CSA ne pouvant être regardé comme une décision qui concerne les enfants au sens de votre jurisprudence.

Le moyen nous paraît donc opérant, mais, pour les raisons que nous venons de voir tenant au contenu de la publicité, il n'est pas fondé.

Reste un dernier moyen tiré **de la méconnaissance de l'article 222-74 du code pénal sur l'incitation à la pornographie**. Il est à l'évidence non fondé, compte tenu du contenu du message publicitaire litigieux. Son opérance n'est pas évidente à retenir. Vous admettez d'examiner la légalité d'actes administratifs au regard du code pénal et censurez celles des décisions individuelles qui ont par elles-mêmes pour effet de conduire leurs bénéficiaires à se placer dans une situation d'infraction pénale. Votre décision d'assemblée du 6 décembre 1996, Société LAMBDA (n° 167502, Rec. ccl Pt Piveteau), en fournit une illustration¹³. La

¹² Pour les actes réglementaires, 30 juillet 2003, n° 253973, Observatoire international des prisons, T. p. 633, s'agissant du régime de détention; pour les actes individuels, refus d'autorisation de séjour au titre du regroupement familial, 9 décembre 2009, n° 305031, S..., p. 496, 22 février 2013, n° 330211, M... et M D..., Rec. T., refus de délivrance de document de circulation, 3 octobre 2012, n° 351906, Z..., T. pp. 551-792.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

décision, négative, dont vous êtes saisie ne nous paraît pas pouvoir avoir une telle portée. A supposer que le message soit pornographique, ce n'est pas le refus d'en sanctionner la diffusion qui conduirait les services de communication audiovisuelle à commettre une infraction mais l'attitude propre de ces derniers.

Le moyen doit en tout état de cause être écarté puisque la publicité litigieuse ne comporte aucune incitation à la pornographie.

PCMNC au rejet de la requête.

¹³ Elle n'est ni la première, ni la seule, cf., Sect. 9 novembre 1928, B..., p. 1149, Ass, 12 mars 1982, Conseil national de l'ordre des médecins, p. 109, 2 décembre 1983, Ville de Lille, p. 470.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.