

LOI AVIA : ENJEUX ET PERSPECTIVES DANS LE CONTEXTE DE LA LUTTE CONTRE LA PORNOGRAPHIE

La pornographie, qui est un mélange infâme « d'insolite et d'illicite »¹, alimente la dépravation au sein de notre société.

Un rapport du Sénat datant du mois de février 2018², révèle que le corpus actuel des obligations pénales³ pesant sur les éditeurs de contenus pornographiques est insuffisamment mobilisé⁴, et qu'en dépit des mécanismes de protection qui pourraient être mis en place par certains sites internet, les mentions d'accès figurant sur ces sites ne suffisent pas à empêcher les mineurs d'y accéder gratuitement, depuis n'importe quel moteur de recherches. Il a été recensé que chaque minute, 207.405 vidéos pornos sont visionnées sur Pornhub, le leader des sites gratuits de porno sur internet, qui attire plus de 100 millions de visiteurs par jour⁶.

Aujourd'hui, les adolescents sont les plus exposés aux dangers de ce fléau : 96% des mineurs regardant de la pornographie se connecteraient sur des sites gratuits, sans contrôle d'âge, ni utilisation d'un mode de paiement⁷. Ce mal, qui touche désormais des enfants de plus en plus jeunes, issus de toutes les classes sociales, et toutes les appartenances religieuses⁸, s'explique par le fait que les mineurs se connectent à ces contenus au moyen de leurs téléphones portables, ordinateurs portables, tablettes, et ordinateurs de bureau⁹. Quant aux réseaux sociaux les plus utilisés par les jeunes (Facebook, Instagram...), ils sont désormais tous pollués par la pornographie¹⁰.

¹ Marguerite Yourcenar, in « *Sur quelques thèmes érotiques et mystiques de la Gita-Govinda, L'Andalousie ou les Hespérides (Français)* », Ed. Rivages, janvier 1982.

² Rapport n° 289 (2017-2018) de Mme Marie MERCIER fait au nom de la Commission des lois, déposé le 7 février 2018 : Consultation rapport intégral : http://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-289_mono.html#fnref74.

³ « Notamment l'obligation d'apposer de manière visible, lisible et inaltérable la mention « *Mise à disposition des mineurs interdite* (article 227-24 du code pénal) » en application de l'article 34 de la loi du n° 98-468 du 17 juin 1998 », voir Rapport d'information, op. cit.

⁴ Selon ce rapport sénatorial sur la période 2007-2015, les tribunaux répressifs ne sont entrés qu'une seule fois (en 2015) en voie de condamnation à l'encontre de l'auteur du chef d'« édition ou distribution de document, fixé par un procédé déchiffrable par voie électronique dangereux pour la jeunesse en raison de son caractère pornographique, sans mention conforme de l'interdiction de sa mise à disposition des mineurs ». Le rapport a recensé en outre une vingtaine de condamnations par an pour « commerce, diffusion, fabrication et transport de message violent, pornographique ou contraire à la dignité (25 en 2016, 19 en 2015) ».

⁵ Rapport n° 289 (2017-2018) de Mme Marie MERCIER fait au nom de la Commission des lois, déposé le 7 février 2018 : Consultation rapport intégral : http://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-289_mono.html#fnref74 ; Consultation rapport d'information : <http://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-2891.pdf>

⁶ <https://sante.lefigaro.fr/article/porno-qui-a-regarde-quoi-en-2018/>

⁷ Voir sondage IFOP 2018 consultable en ligne, page 18 : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2018/03/3698-1-study_file.pdf

⁸ Selon une enquête IFOP réalisée en 2013 intitulée « Génération Youporn : mythe ou réalité ? », à 15 ans, 53 % des jeunes interrogés avaient déjà été sur un site internet pornographique ; ce taux était passé chez les filles de 4 % en 2006 à 42 % en 2013, et chez les garçons de 42 % à 71 % : <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/opendata/RINFANR5L15B0721.html>; <https://www.ifop.com/publication/generation-youporn-mythe-ou-realite-enquete-sur-linfluence-des-nouvelles-technologies-sur-les-comportements-sexuels-des-jeunes/> ; L'IFOP a réalisé une nouvelle étude en 2017 démontrant que 63 % des jeunes garçons de 15 à 17 ans ont déjà surfé sur un site pour y voir des films ou des images pornographiques, (37 % chez les jeunes filles). Ce même sondage montre une forte progression de la consultation par des mineurs de sites pornographiques (51 % en 2017 contre 37 % en 2013), et ce, à un âge de plus en plus précoce (14 ans et 5 mois en moyenne). Le retentissement social sur les jeunes est très inquiétant, car l'IFOP estime que 25% des filles et 20% des garçons (parmi les 52% de l'échantillon interrogés qui regardent des vidéos pornographiques) ont déclaré qu'ils avaient déjà essayé de reproduire les scènes des films. Ce sondage (op. cit) est consultable en ligne : https://www.ifop.com/wp-content/uploads/2018/03/3698-1-study_file.pdf; Sur le sujet de l'exposition des enfants à la pornographie, voir notamment : Article : « Les enfants désormais exposés au porno dès l'école primaire », <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/la-pornographie-gagne-les-ecoles-primaires-20200210>, par Agnès Leclair, publié le 10 février 2020 à 18:33, mis à jour le 11 février 2020 ; également article « Les adolescents confrontés à la pornographie de plus en plus jeunes », <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/2017/03/19/01016-20170319ARTFIG00162-les-adolescents-confrontes-a-la-pornographie-de-plus-en-plus-jeunes.php>, « INFOGRAPHIE - Un tiers des 13-14 ans ont déjà vu un film X. Un enfant sur sept a vu son premier film X à 11-12 ans », par Agnès Leclair et Service Infographie, publié le 19 mars 2017, mis à jour le 19 mars 2017.

⁹ On estime notamment que 70 % du contenu pornographique visionné par un mineur l'a été par un téléphone portable. Seulement 41 % de des jeunes garçons interrogés avaient déjà visionné des films à caractère pornographique sur un support télévisuel (VOD, TV, DVD), (27 % chez les jeunes filles) ; 28 % des jeunes garçons interrogés avaient déjà lu un journal pornographique, (12 % chez les jeunes filles) ; Source : sondage IPSOS 2017 op. cit.. Voir également à ce sujet le « plan interministériel de mobilisation et de lutte contre les violences faites aux enfants – 2017-2019 », Direction Générale de la Cohésion Sociale, p. 18 ; Voir aussi « Étude IFOP sur la consommation de pornographie chez les adolescents et son influence sur les comportements sexuels du 15 mars 2017 », commandée par l'Observatoire de la parentalité et de l'éducation numérique : http://www.ifop.com/media/poll/3698-1-study_file.pdf

¹⁰ Voir sur le sujet l'article paru sur rtl.fr, consultable en ligne : <https://www.rtl.fr/actu/futur/instagram-est-envahi-par-les-comptes-pornographiques-7798161280> : « Instagram a un problème avec la pornographie. Des milliers de faux comptes prolifèrent sur la plateforme propriété de Facebook et publient des millions de commentaires sous les photos des comptes des stars les plus populaires, rapporte le site américain Engadget. Certains vont même jusqu'à envoyer des messages directs aux utilisateurs du réseau social. »

Face à ce grave problème, la loi Avia tente de parfaire les principes posés par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (dite LCEN) datant de 16 ans¹¹. Elle inaugure plus précisément le blocage systématique (en 24 heures suivant la publication), sur les plateformes, sites et réseaux sociaux, de tout contenu terroriste et pédopornographique, mais aussi de tout message, images et vidéos à caractère pornographique, haineux ou violents susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur, au sens de l'article 227-24 du Code pénal. Le CSA, fait office de nouveau « gendarme d'internet »¹².

Cependant, substantiellement, nous verrons que cette loi n'apporte rien d'édifiant au corpus juridique actuel, notamment aux principes fixés par les articles 227-22¹³, 227-22-1¹⁴, et 227-24-1¹⁵. » En somme, plutôt que d'apporter de la cohérence, elle tend au contraire à compliquer les procédures pénales. Cette analyse nous conduira à réfléchir sur quelques perspectives visant objectivement à mieux combattre juridiquement la violence de la pornographie et ses effets sur les jeunes.

Sur les dissonances législatives engendrées par la loi Avia au sein du corpus pénal

Dans ce monde en perte totale de repères, la perversion semble s'être immiscée comme un poison dans la législation. Aussi, nous regrettons que la loi Avia, censée préserver les enfants des contenus « haineux », ne se montre pas plus intransigente à l'égard des diffuseurs de contenus pornographiques, qu'ils soient producteurs, hébergeurs ou plateformes.

Avant la promulgation de la loi Avia, aux termes de l'article 6, I, 7, alinéa 3 de la loi du 21 juin 2004 dite « LCEN », les fournisseurs d'accès et hébergeurs¹⁶ été soumis à une obligation de mettre en place un système de signalement¹⁷ afin de « concourir à la lutte contre la diffusion des infractions visées à l'article 24, alinéas 5, 7 et 8, de la loi du 29 juillet 1881 et aux articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23, 227-24 et 421-2-5 du code pénal »¹⁸. Cette responsabilité allégée s'expliquait « compte tenu du rôle passif que ceux-ci exercent. »¹⁹ La LCEN prévoyait la responsabilité de ces hébergeurs uniquement dans le cas où ces derniers avaient eu conscience, par notification ou signalement, de la présence d'un

¹¹ Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>

¹² Chapitre III, article 4 de la loi Avia, art.17-3 : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille au respect des dispositions de l'article 6-3 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique par les opérateurs mentionnés aux premier et deuxième alinéas du I de l'article 6-2 de la même loi... », http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0388_texte-adopte-provisoire.pdf ; Voir article de Pierre Januel, « La proposition de loi contre la haine en ligne remaniée », Dalloz actualité du 21 juin 2019.

¹³ Article 227-22 du Code pénal, « Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. »

¹⁴ Article 227-22-1 : « Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende lorsque les propositions ont été suivies d'une rencontre. »

¹⁵ Article 227-24-1 : « Le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d'user contre lui de pressions ou de contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle est puni, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée. »

¹⁶ La loi LCEN définit l'hébergeur par : « celui qui ne décide pas du contenu mis en ligne au moyen des outils mis à la disposition de tiers, qui procède à des modifications techniques du contenu, procède à son indexation afin qu'il puisse être consulté, ou encore accompagne de publicités la diffusion de ces contenus stockés par les destinataires de son service ». 3 arrêts de la Cour de cassation sont venus préciser la définition : Cass., civ. 1^{ère}, 17 février 2011, n° 09-13.202 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 février 2011, n° 09-67.896 ; Cass., civ. 1^{ère}, 17 février 2011, n° 09-15.857

¹⁷ L'article 7 de la LCEN précise qu'il s'agit d'un « dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données. »

¹⁸ Article 6, I, 7, alinéa 3 de la LCEN : « Compte tenu de l'intérêt général attaché à la répression de l'apologie des crimes contre l'humanité, de la provocation à la commission d'actes de terrorisme et de leur apologie, de l'incitation à la haine raciale, à la haine à l'égard de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation ou identité sexuelle ou de leur handicap ainsi que de la pornographie enfantine, de l'incitation à la violence, notamment l'incitation aux violences sexuelles et sexistes, ainsi que des atteintes à la dignité humaine »

¹⁹ Voir « Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée visant à lutter contre la haine sur internet (n° 1785) », remis à l'Assemblée nationale le 19 juin 2019, par Madame Laetitia AVIA. Rapport consultable en ligne http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cion_lois/115b2062_rapport-fond#

contenu illicite²⁰. Les éditeurs de services sur internet étaient quant à eux soumis à un régime de responsabilité strict, du fait des contenus mis en ligne.

Un rapport remis au nom de la Commission des lois constitutionnelles en juin 2019 à l'Assemblée nationale par Mme Avia, relevait que le dispositif législatif et procédural de la LCEN était obsolète, en ce qu'il reposait « sur une distinction binaire entre prestataires techniques et éditeurs de contenus qui ne rend plus compte de la réalité des activités numériques ». D'autre part, ce même rapport constatait que « le cadre de régulation était inadapté à l'activité des plateformes en ligne qui, compte tenu de leur ubiquité, de leurs stratégies d'établissement et des usages qu'elles suscitent, bousculent la primauté de l'organisation territoriale des États ».

En premier lieu, en réponse à ces écueils, la promulgation de la loi Avia impose à tous les éditeurs de services sur internet, « une obligation générale de surveiller les contenus illicites et pornographiques », en reprenant les termes de la LCEN. En revanche, cette obligation, qui se fonde sur le principe de précaution, est indirecte puisque le contrôle de la surveillance est dévolu aux utilisateurs au moyen d'un système de notification. La loi Avia prend ainsi à contre-pied la jurisprudence, qui avait estimé en 1995 que « 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 »²¹.

Par ailleurs, en application de son article premier, cette loi oblige désormais les opérateurs de plateforme en ligne et les moteurs de recherche à retirer dans un délai de 24 heures, après signalement par une ou plusieurs personnes, des contenus manifestement illicites : incitations à la haine, injures à caractère raciste ou anti-religieuses²². À noter que les contenus pornographiques pourtant incontestablement violents, n'entrent pas dans ce champ d'application pour les adultes. Le délai de retrait est réduit à une heure pour les contenus terroristes ou pédopornographiques. Un devoir de coopération pèse sur les opérateurs de plateformes dans la lutte contre les contenus violents en ligne²³.

²⁰ En vertu de la LCEN, les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, au sens de l'article 6 de la LCEN, n'avaient pas d'obligation absolue de vérifier les contenus qu'ils mettaient en ligne par des tiers. Selon les termes de l'article, « elles ne pouvaient voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services, si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible. »

²¹ Crim, 25 avril 1995 n° 94-82.457 : « C'est à juste titre que les premiers juges ont relevé 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; dans ces conditions, dès lors que le prévenu avait conscience, comme il l'a reconnu devant les services de police, que les précautions prises par lui n'empêchaient pas que ses sites soient susceptibles d'être vus par des mineurs, et qu'il a néanmoins continué à les exploiter, l'élément intentionnel est caractérisé. »

²² Elle entend instaurer des mesures que le législateur a qualifié de « Simplification des dispositifs de notification de contenus haineux en ligne » en application du chapitre 1^{er} de la loi : « Les personnes mentionnées au 2 du I et au III du même article 6 accusent réception sans délai de la notification. Elles doivent retirer ou rendre inaccessibles ces contenus dans un délai d'une heure à compter de cette notification. Elles informent dans le même délai l'autorité administrative des suites données. » Art. 6-2.-I. : « Sans préjudice des dispositions du 2 du I de l'article 6 de la présente loi, les opérateurs de plateforme en ligne au sens du I de l'article L.111-7 du Code de la consommation qui proposent un service de communication au public en ligne reposant sur la mise en relation de plusieurs parties en vue du partage de contenus publics et dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décret sont tenus, au regard de l'intérêt général attaché au respect de la dignité humaine, de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes, tout contenu contrevenant manifestement aux dispositions mentionnées aux cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24, à l'article 24 bis et aux troisième et quatrième alinéas de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, aux articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23 et 421-2-5 du code pénal ainsi que, lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique, à l'article 227-24 du même code. « Les opérateurs mentionnés au 1^o du I de l'article L.111-7 du code de la consommation dont l'activité repose sur le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus proposés ou mis en ligne par des tiers et dont l'activité sur le territoire français dépasse des seuils déterminés par décrets sont tenus, dans le délai mentionné au premier alinéa du présent I après notification, de retirer les contenus mentionnés au même premier alinéa de la page de résultats de recherche qu'ils renvoient en réponse à une requête. « Le délai prévu aux premier et deuxième alinéas du présent I court à compter de la réception par l'opérateur d'une notification comprenant les éléments mentionnés aux deuxième à avant-dernier alinéas du 5^o du I de l'article 6 de la présente loi. »

²³ Notamment « un dispositif de notification uniforme directement accessible et facile d'utilisation permettant à toute personne de notifier un contenu illicite dans la langue d'utilisation du service. » Ils doivent également informer leurs auteurs des sanctions qu'ils encourent en cas de notification abusive ; accuser réception sans délai de toute notification qui leur est adressée. Ils sont tenus « de mettre en œuvre les procédures et les moyens humains et, le cas échéant, technologiques proportionnés permettant de garantir le traitement dans les meilleurs délais des notifications reçues et l'examen approprié des contenus notifiés ainsi que de prévenir les risques de retrait injustifié ». Ils doivent mettre en place en outre des dispositifs de recours interne permettant : « Lorsqu'ils décident de retirer ou rendre inaccessible un contenu notifié et qu'ils disposent des informations pour contacter l'utilisateur à l'origine de la publication du contenu retiré ou rendu inaccessible, à cet utilisateur d'être informé de cette décision et des raisons qui l'ont motivée, ainsi que de la possibilité de la contester. Ils rappellent également à l'utilisateur à l'origine de la publication que des sanctions civiles et pénales sont encourues pour la publication de contenus illicites. Lorsqu'ils décident de ne pas retirer ou rendre inaccessible un contenu notifié, à l'auteur de la notification de contester cette décision. »

Ces opérateurs peuvent encourir une amende pouvant aller jusqu'à 1,25 million d'euros en cas d'infraction à l'obligation de retrait.

Ces mesures inédites de la loi Avia soulèvent d'abondantes controverses politiques et doctrinales. Nombreux sont ceux pour lesquels l'établissement des dispositions de retrait des contenus en 24 heures ne permettraient ni de faciliter la poursuite des coupables, ni de simplifier les procédures judiciaires. Pour l'extrême gauche en particulier, l'État conférerait aux sites et plateformes du réseau internet un rôle de gardien de la censure des contenus illicites²⁴, alors que de telles prérogatives incomberaient au juge, le seul garant des libertés individuelles au sens de la Constitution²⁵. Le signalement et le blocage des contenus litigieux revêtent sans conteste une importance considérable pour la lutte contre la pornographie chez les jeunes, ces derniers ayant accès aux contenus illicites via les moteurs de recherches et les réseaux sociaux. Malgré cela, les mesures de censures des plateformes instituées par la loi Avia ne cessent de susciter l'insurrection chez les partisans du droit à la liberté d'expression dans l'espace public en ligne^{26,27}. De même, au cours des travaux préparatoires de loi Avia, les 7 députés et 7 sénateurs nommés par le gouvernement en Commission mixte paritaire du Sénat pour examiner le projet²⁸, ne trouvaient pas de consensus concernant le blocage obligatoire des contenus illicites sous 24 heures imposés aux plateformes et réseaux sociaux (Facebook, Instagram, Youtube ou Twitter)²⁹. On se souvient enfin qu'en février 2020, le gouvernement avait tenté de réunir, sous la direction du secrétaire d'État chargé du numérique et du secrétaire d'État chargé de la protection de l'enfance, les fournisseurs d'accès à internet³⁰. Un protocole d'engagements pour la prévention de l'exposition des mineurs aux contenus pornographiques en ligne³¹ leur avait été soumis. Mais l'obligation de placer des verrous solides à l'entrée des sites pornographiques avaient déjà divisé les acteurs de l'internet³².

²⁴ Selon Jean-Luc Mélenchon: « [C'est] une solution de facilité pour le gouvernement qui, au lieu de donner de véritables moyens à la justice pour lutter correctement contre ces violences (formation de policiers pour recevoir les plaintes, permettre une réaction judiciaire rapide face au cyberharcèlement, etc.), délègue le pouvoir de censure de ces contenus à des multinationales qui n'ont que faire de la garantie des droits et libertés. » Source : <https://lafranceinsoumise.fr/2019/07/03/loi-cyberhaine-pourquoi-est-elle-dangereuse/> ; voir également Tribune de Libération « Féministes, LGBTI et antiracistes, nous ne voulons pas de la loi Cyberhaine », par un collectif de personnalités et d'associations féministes, LGBTI et antiracistes, en date du 21 janvier 2020 à 13:09 : « https://www.liberation.fr/debats/2020/01/21/feministes-lgbti-et-antiracistes-nous-ne-voulons-pas-de-la-loi-cyberhaine_1774297 »

²⁵ Article 66 de la constitution française.

²⁶ Voir notamment la lettre dite « commune contre la loi « haine » » adressée au gouvernement français, et signée par l'association des avocats conseils d'Entreprises, Change.org, le Conseil National des Barreaux, le Conseil National du Numérique, la Fondation Internet Nouvelle Génération, Internet Sans Frontières, Internet Society France, La Ligue des Droits de l'Homme, Renaissance Numérique, Syndicats des Avocats de France, Wikimédia France, consultable en ligne : <https://www.laquadrature.net/2020/01/16/lettre-commune-contre-la-loi-haine/>

²⁷ Pour rappel, la directive européenne 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique avait suscité des débats houleux sur la question des libertés de création et la liberté d'expression sur le réseau internet. Selon la directive, l'article 13 prévoit la mise en place d'une censure automatique à l'initiative des sites Internet de tout type d'œuvre protégées par le droit d'auteur : « l'obligation, pour les prestataires de services de la société de l'information qui stockent et donnent accès à un grand nombre d'œuvres et autres objets protégés chargés par leurs utilisateurs, de prendre des mesures appropriées et proportionnées pour assurer le bon fonctionnement des accords conclus avec les titulaires de droits et pour empêcher la mise à disposition, par leurs services, de contenus identifiés par les titulaires de droits en coopération avec ces prestataires. » <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0593&from=EN>

²⁸ Adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 9 juillet 2019.

²⁹ Ainsi, cette Commission avait rejeté le texte le mercredi 11 décembre 2019 <https://www.numerama.com/politique/600147-haine-en-ligne-la-disposition-la-plus-controversee-de-la-loi-avia-fait-son-retour.html> Après réexamen de l'article premier, des modifications aux dispositions furent finalement apportées en particulier à l'obligation de retrait en 24 heures pour les infractions contrevenant manifestement à l'article 227-24 du code pénal. http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0388_texte-adopte-provisoire.pdf

³⁰ Regroupés au sein de la Fédération Française des Télécoms, l'application Snapchat, les moteurs de recherche Google et Qwant, le fabricant de téléphone Samsung, la société de production de films érotiques Marc Dorcel. Cette « charte »³⁰ est sensée réduire l'exposition des mineurs aux contenus à caractère pornographique en encourageant l'utilisation d'outils de contrôle parental gratuit, mais non obligatoire, puisque les sites pornographiques pourront proposer d'autres solutions, notamment l'affichage de règles d'utilisations des sites ou les risques d'expositions etc Les moteurs de recherche quant à eux, ne sont invités qu'à « interdire les liens sponsorisés à destination d'utilisateurs mineurs pour des contenus à caractère pornographique ».

³¹ Voir le communiqué de presse en ligne : https://www.arcep.fr/fileadmin/cru-1589469409/user_upload/06-20-version-francaise.pdf

³² Selon le directeur des affaires publiques d'Orange Laurentino Lavezzi notamment : « la mise en place par défaut d'un contrôle n'est pas la bonne solution. Cela interroge sur le principe de la neutralité du net. Orange propose systématiquement des outils de contrôle parental lors de l'ouverture d'une ligne pour un mineur. » Suite à de maintes discussions au Parlement, le texte voté par l'Assemblée nationale prévoit désormais que les plateformes en ligne seront tenues, « au regard de l'intérêt général attaché au respect de la dignité humaine, de retirer ou de rendre inaccessible, dans un délai de vingt-quatre heures après notification par une ou plusieurs personnes » les contenus « manifestement illicites ».

En second lieu, le législateur de la loi Avia estime avoir apporté des éléments complémentaires à l'article 227-24 du Code pénal qui prévoyait auparavant, que « la fabrication et la diffusion de messages à caractère pornographique sont punissables, lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur », en précisant : « Lorsque l'infraction porte sur un contenu à caractère pornographique »³³.

En réalité, cet appendice n'offre aucun changement significatif, puisque la jurisprudence applique de façon constante le principe de « responsabilité du fait des contenus pornographiques susceptibles d'être vus par les mineurs » depuis plus de vingt ans³⁴. Il apparaît surtout regrettable que la loi Avia n'ait pu définir le mode d'interprétation (*in abstracto* ou *in concreto*) de l'acception d'« exposition au message susceptible d'être vu par un mineur ». De surcroît, il aurait été opportun que la loi précise s'il convient ou non de tenir compte, dans le mécanisme d'imputabilité de la responsabilité pénale des auteurs, de la notion de « gravité de l'atteinte »³⁵. En effet, ces imprécisions ne risquent-elles pas d'encourager les tribunaux à réaffirmer que « l'art. 227-24 du Code pénal n'a pas pour objet d'interdire les messages choquants en censurant la liberté de création des écrivains et des artistes, mais de limiter la diffusion des œuvres dans un souci de protection des mineurs, par un système tendant à prévenir toute possibilité de réception par ces mineurs, de certaines catégories de messages supposés violents ou portant gravement atteinte à la dignité humaine³⁶ », suivant le raisonnement emprunté par le tribunal correctionnel de Metz en 2013 ?

Pour toutes ces raisons, on peut donc redouter que la politique répressive laxiste de la loi Avia ait des effets préjudiciables pour la lutte contre l'exposition des mineurs à la pornographie.

³³ L'amendement 162 précise les objectifs de l'article, visés par le législateur : « Afin de mieux cibler cette obligation et compte tenu des conséquences particulièrement néfastes de l'exposition croissante des enfants à la pornographie en ligne qui ne cesse de croître, cet amendement restreint l'obligation de retrait des contenus contrevenant manifestement à l'article 227-24 du code pénal à ceux à caractère pornographique. » <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2583/AN/162> ; Voir texte provisoire en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115t0388_texte-adopte-provisoire.pdf

³⁴ Voir not. : Paris, 14 déc. 1994 : *Dr. pénal* 1995. 90 (1^{re} esp.), obs. Véron. : « L'art. 227-24 C. pén. réprime la fabrication, le transport ou la diffusion d'un message pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support ; aucune différence n'étant faite selon la nature du support, le délit est susceptible d'être constitué par l'existence d'un message pornographique dans un journal. » Ou sur un blog : Toulouse, 12 janv. 2010 : *Dr. pénal* 2010. Chron. 10, obs. Lepage. ; Paris, 9 févr. 1995 : *Dr. pénal* 1995. 90 (2^e esp.), obs. Véron. ; Crim. 29 mai 1995 : *Gaz. Pal.* 1995. 2. Somm. 457 : La Cour de cassation rappelle que « depuis l'entrée en vigueur de l'article 227-24 du Code pénal, la fabrication et la diffusion de messages à caractère pornographique ne sont punissables que lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur. » Voir également : « Lutte contre la prostitution » R. Pugnière, *Racolage* (nouveau fascicule du *Juris-classeur Pénal*, article R. 625-8). Voir aussi Cass. crim., 12 septembre 2000 (rejet sur le moyen Versailles, 8^{ème} ch., 15 juin 1999) : Donadio - M. Joly, prés. et Mme Anzani, rapp. ; M. Di Guardia, av. gén. - S.C.P. Piwnica & Molinié et S.C.P. Monod & Colin, av. - 99-84.648 PF /4942 : concernant un service pornographique, pouvant être vu par les enfants, qui fonctionnait sous le titre « Père Noël » ; Crim. 23 févr. 2000, n° 99-83.928 P : *Dr. pénal* 2000. Comm. 85, obs. Véron ; *RSC* 2000. 611, obs. Mayaud ; *ibid.* 639, obs. Francillon : « Justifie sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer des prévenus coupables de la diffusion de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur, relève que la revue en cause, publication dont la vente aux mineurs n'est pas interdite, a offert à ses lecteurs l'acquisition de disques compacts (CD-Rom) contenant des images pornographiques, ajoute que, si ces disques sont cryptés, des enfants peuvent les obtenir, ainsi que la clé permettant de les visionner, simplement en se présentant comme majeurs, sans aucun contrôle, par l'intermédiaire d'un serveur télématique, et retient enfin 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 voir les images tout aussi facilement, caractérisant ainsi le délit prévu par l'art. 227-24 C. pén. » ; Paris, 14 déc. 1994 : *Dr. pénal* 1995. 90 (1^{re} esp.), obs. Véron. « Sont accessibles aux mineurs les textes d'un magazine mis en vente dans des kiosques ou librairies. » ; Aix-en-Provence, 9 févr. 1996 : *JCP* 1996. IV. 2369 : « Doivent être condamnés pour atteintes aux « bonnes mœurs », les auteurs d'une publication vulgaire et de mauvais goût, non exclusivement vendue dans des endroits où un contrôle minimal peut être effectué sur les revues auxquelles peuvent accéder les mineurs, cette pratique ne permettant pas d'éviter l'acquisition ou la vision de ces journaux par les mineurs. » ; Paris, 13 mai 1998 : *Gaz. Pal.* 1999. 2. Somm. 440, note Bréban : « En application de l'art. 227-24 C. pén., doit être condamné le diffuseur d'images à caractère pornographique et zoophile, dès lors que les messages sont susceptibles d'être lus par des mineurs et que les dispositifs mis en place ne garantissent pas l'impossibilité matérielle d'en prendre connaissance ; il ne saurait se retrancher derrière sa qualité d'intermédiaire technique, ni invoquer la mise en place de moyen de filtrage ou les obligations contractuelles de ses cocontractants. »

³⁵ Cass. crim., 11 janv. 2017, n° 16-80557, ECLI:FR:CCASS:2017:CR05839, M. Xavier X, PB (cassation CA Douai, 17 déc. 2015), M. Guérin, prés., M. Stephan, cons. rapp., MM. Castel, Raybaud, Mme Caron, M. Moreau, Mme Drai, cons. ch., M. Laurent, Mme Carbonaro, M. Beghin, cons. réf., M. Le Bau, av. gén. ; SCP Delaporte et Briard, av. : « L'article 227-24 du Code pénal incrimine notamment la conception ou la diffusion d'un message à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsqu'il est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Cette infraction – héritière indirecte de l'outrage aux bonnes mœurs – pose de très sérieuses difficultés d'interprétation, quant au degré requis du risque d'exposition du mineur au message (« susceptible »), quant à la nature du contenu véhiculé (pornographie, violence, atteinte grave à la dignité) et quant au mode d'appréciation de ce dernier (faut-il l'analyser in abstracto, par rapport au sens commun, ou in concreto, par rapport aux conceptions des mineurs en général ou bien du ou des catégories de mineurs effectivement exposés au message ?). »

³⁶ TGI Metz, 1^{re} ch. civ., 21 nov. 2013 : D. 2014. Actu. 83, obs. Mbongo

Le CSA ou le Don Quichotte de la lutte contre la pornographie sur internet ?

Les nouveaux pouvoirs accordés au CSA apparaissent comme l'arbre qui cache la forêt. En effet, la loi Avia ne répond pas vraiment aux obligations légales qui incombent à l'État en matière de lutte contre l'exposition des jeunes aux contenus pornographiques. À l'inverse, elle engendre un véritable schisme au sein des procédures judiciaires, en omettant de prescrire des mesures d'harmonisation et de cohérence entre les rôles du CSA et des acteurs judiciaires.

En son article 4, la loi Avia dispose que « le CSA s'assure du suivi des obligations reposant sur les opérateurs. Il peut mettre en demeure un opérateur de se conformer, dans le délai qu'il fixe, à ces dispositions. » En revanche, on peut s'interroger sur la pertinence de ces mesures, considérant que les opérateurs ne sont soumis qu'à une obligation de moyen, c'est-à-dire qu'ils sont « seulement encouragés », selon l'amendement n°146, à mettre en œuvre des outils de coopération et de partage d'informations adéquats. Les sites hébergeurs peuvent ainsi s'abstenir de suivre les recommandations du CSA³⁷. Les termes de l'amendement n°159 le confirment : « afin d'améliorer la prévention du risque de rediffusion de contenus manifestement haineux, le présent amendement vise à confier au Conseil supérieur de l'audiovisuel la mission d'encourager les plateformes à mettre en œuvre les moyens d'empêcher la rediffusion et l'amplification de contenus manifestement haineux qui auraient été retirés à ce titre. »³⁸ Le CSA peut en outre « prononcer une sanction pécuniaire dont le montant prend en considération la gravité des manquements ainsi que, le cas échéant, leur caractère réitéré, sans pouvoir excéder 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu. » Là encore, nous sommes sceptiques quant à la capacité du CSA de contrôler tous les contenus illicites, sachant que par exemple, en 2018, le leader du porno sur internet Pornhub a enregistré 33,5 milliards de connexions³⁹.

Il convient de rappeler que l'obligation de protéger les mineurs contre la pornographie est une prérogative qui incombe pleinement au Premier ministre, en application de l'article 14 de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse en vertu duquel :

« Le ministre de l'intérieur est habilité à interdire de proposer, de donner ou de vendre à des mineurs les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de contenus à caractère pornographique ou susceptibles d'inciter au crime ou à la violence, à la discrimination ou à la haine contre une personne déterminée ou un groupe de personnes, aux atteintes à la dignité humaine⁴⁰. »

On sait que pour répondre à ces obligations, depuis le mois de mai 2000, le ministère de l'intérieur s'est doté d'un « office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication. » Cette cellule est devenue, en 2014⁴¹, la SDLC (sous-direction de lutte contre la cybercriminalité) qui constitue une branche de la direction de la police nationale judiciaire. Sa mission est à la fois de « développer une politique globale de lutte contre la cybercriminalité, en intégrant les missions de prévention et de répression », et de « définir les stratégies à mettre en œuvre dans les domaines de l'opérationnel, de la formation et de la prévention du grand public et du tissu économique. »⁴²

Par conséquent, au lieu de confier des prérogatives de contrôle au CSA totalement obsolètes par la loi Avia, pourquoi l'État n'a-t-il pas procédé au renforcement des moyens et missions de la SDLC pour préserver les mineurs et les personnes vulnérables de la pornographie sur internet ?

³⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2583/AN/146> « Cet amendement précise que les outils de coopération et de partage d'informations, à la mise en œuvre desquels les opérateurs seront encouragés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), devront être présentés dans un format ouvert entre les opérateurs dans la mesure où il s'agit d'outils de travail entre plateformes. Par ailleurs, il n'est plus fait mention de la nécessité que ces outils soient conformes aux recommandations du CSA, une telle mention étant contradictoire avec le caractère seulement incitatif de la mission dévolue au CSA dans ce domaine. »

³⁸ <http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/2583/AN/159>

³⁹ <https://www.capital.fr/entreprises-marches/les-7-chiffres-etonnants-sur-lusage-de-pornhub-dans-le-monde-1320019>

⁴⁰ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000878175>

⁴¹ La SDLC a été créée par arrêté du 29 avril 2014. Placée sous l'autorité d'un commissaire divisionnaire, elle comprend plus de 80 personnels.

⁴² <https://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Organisation/Direction-Centrale-de-la-Police-Judiciaire/Lutte-contre-la-criminalite-organisee/Sous-direction-de-lutte-contre-la-cybercriminalite>

Perspectives : renforcer le droit répressif des atteintes aux bonnes mœurs

Auparavant, la justice condamnait des comportements interdits car malsains, dégradants et obscènes⁴³. Ainsi, les productions pornographiques sous toutes leurs formes, faisaient l'objet d'une sanction systématique pour « atteinte aux mœurs »⁴⁴. Aujourd'hui la morale n'a plus sa place en justice. Car la sécularisation du droit a conduit le juge judiciaire à évincer catégoriquement l'acception de « bonne mœurs » dans l'interprétation de l'article 227-24 du Code pénal. De plus, depuis l'essor d'internet dans les années 2000, devant les faiblesses de la répression pénale, et plutôt que d'interdire, l'État s'efforce de soumettre les producteurs de pornographie à un régime fiscal particulier, soi-disant pour protéger les plus faibles de l'absence de moralité de cette culture⁴⁵.

Il en résulte que le discernement entre le bien et le mal, qui guidait autrefois les magistrats dans leurs décisions, semble avoir cédé sous la pression de la liberté sexuelle⁴⁶ et la liberté d'expression. Cette évolution a notamment pour effet de conduire la justice répressive, en matière de lutte contre la pornographie auprès des jeunes, à concevoir l'imputabilité de la responsabilité pénale du producteur, non plus sur le mécanisme de la causalité pour faute, mais sur les conséquences de l'atteinte physique et psychologique sur les mineurs victimes. Dès lors, nous restons inquiets devant le constat qu'il puisse être jugé qu'un « film peut être pornographique, mais pas obscène », comme l'a notamment estimé la CEDH dans son arrêt du 13 novembre 2017⁴⁷. Or, on sait qu'en vertu du principe de responsabilité personnelle en droit pénal, il n'est pas possible de mettre en place une responsabilité de plein droit des auteurs⁴⁸ ; et que l'imputabilité de la faute pénale ne saurait davantage se fonder sur de simples postulats, ou sur l'existence unique d'un dommage, mais sur des preuves tangibles. Ostensiblement, la loi Avia casse tous ces principes fondamentaux en amplifiant le problème tant décrié par la doctrine⁴⁹, de la subjectivité de l'interprétation affectant l'article 227-24. Notamment, elle ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « contenu pornographique susceptible d'être vu par un mineur. » Cette imprécision

⁴³ L'ancien article 283 du Code pénal dispose que : « « Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 30.000 F quiconque aura : Fabriqué ou détenu en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition ; Importé ou fait importer, exporté ou fait exporter, transporté ou fait transporter sciemment aux mêmes fins ; Affiché, exposé ou projeté aux regards du public ; Vendu, loué, mis en vente ou en location, même non publiquement ; Offert, même à titre gratuit, même non publiquement, sous quelque forme que ce soit, directement ou par un moyen détourné ; Distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque, Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs. Le condamné pourra en outre faire l'objet, pour une durée ne dépassant pas six mois, d'une interdiction d'exercer, directement ou par personne interposée, en droit ou en fait, des fonctions de direction de toute entreprise d'impression, d'édition ou de groupage et de distribution de journaux et de publications périodiques. Quiconque contreviendra à l'interdiction visée ci-dessus sera puni des peines prévues au présent article. »

⁴⁴ Plus précisément, le juge considérait la pornographie comme une activité « contraire aux bonnes mœurs » : voir Paris, 7 janv. 1958 : D. 1958. 453

⁴⁵ L'article 1605 sexies du Code général des impôts (CGI) institue un prélèvement spécial sur la fraction des bénéfices industriels et commerciaux résultant de la production, la distribution ou la représentation de films pornographiques ou d'incitation à la violence. Voir l'article de Frédéric GRAS : « L'œuvre pornographique et le droit », LÉGICOM n°37 – 2007/1 – pp. 79 à 89, <https://www.cairn.info/revue-legicom-2007-1-page-79.htm> : « 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. »

⁴⁶ Voir livre de Borillo D. et Lochak D. « La liberté sexuelle », Paris, PUF, p.1 : « À mesure que s'est affaibli le poids de la morale traditionnelle, à forte connotation religieuse, la liberté sexuelle s'est progressivement affirmée comme une dimension fondamentale de l'autonomie individuelle et une composante essentielle du droit au respect de la vie privée. » ; voir également article de J. Léonhard, « Les infractions sexuelles et la morale : de l'amour à la haine ? », Droits de l'Homme et sexualité: Vers la notion de droits sexuels? De Alain Giami, Bruno Py, Collectif, éd. Les archives contemporaines, 20 mars 2019, p. 96

⁴⁷ CEDH, 2e section, 13 novembre 2007, n° 31358/03 : « La Cour relève que le requérant a demandé aux autorités d'ouvrir des poursuites à l'encontre des personnes responsables de l'envoi des courriers électroniques litigieux. Le GIP a cependant classé ses plaintes au motif qu'il n'y avait eu ni diffamation ni escroquerie et qu'aucun traitement illicite des données personnelles du requérant n'avait eu lieu. Il a également estimé que le requérant ne pouvait pas invoquer l'article 528 du CP (punissant la mise en circulation d'images obscènes) car, tout en étant pornographiques, les courriers incriminés n'avaient pas un contenu obscène. »

⁴⁸ Voir Fiches d'orientation Dalloz, « Le principe de responsabilité personnelle », Responsabilité pénale - Septembre 2019 : « La responsabilité pénale suppose la culpabilité (une faute) et l'imputabilité (l'imputation de la faute à une personne). Elle concerne les personnes physiques et, depuis le code pénal de 1994, les personnes morales. »

⁴⁹ Voir notamment l'article de Jérôme Chacornac, ATER à l'Université Panthéon-Assas, intitulé « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger : les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », RSC 2008, p.849 : « La définition du contenu du message comme étant de nature à porter gravement atteinte à la dignité se profile comme une exigence formelle en ce qu'elle évoque une aptitude abstraite du message à porter atteinte au bien juridique désigné. »

sémantique risque d'accroître la dissociation entre la notion de « pornographie » de celle de « violence », et d'étendre les difficultés de mise en œuvre des outils juridiques d'investigations numériques, aux mains des magistrats et enquêteurs⁵⁰.

Aussi, aurait-il été plus judicieux que la loi Avia prescrive, comme il a déjà été jugé par le TGI de Paris en 1994, que « la seule conscience de diffuser un message à caractère pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, susceptible d'être vu ou perçu par un mineur est répréhensible »⁵¹. Il appartiendrait toutefois au juge judiciaire de clarifier la notion de « conscience de diffuser un message pornographique » pour optimiser la procédure de répression des auteurs de contenus licencieux susceptibles d'être vus par les mineurs.

En définitive, le fait de lutter contre le développement de la pornographie revient à affronter un ennemi colossal et en perpétuelle mouvance. Internet permet aux hébergeurs frauduleux de s'implanter librement presque partout dans le monde, sans risquer d'être appréhendé par la justice de certains États⁵². De plus, la responsabilité pénale des plateformes n'est recherchée que si les gestionnaires « ont effectivement eu connaissance » du contenu illicite, comme le précise l'article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique⁵³. En France, la jurisprudence a déjà essayé de contrer cette difficulté en précisant qu'« il incombe 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 messages⁵⁴ ».

Il nous paraît toutefois important que l'obligation de précaution échoie principalement aux producteurs, diffuseurs et hébergeurs, et non seulement aux receveurs d'un contenu illicite, de façon à protéger les publics fragiles comme les enfants⁵⁵. Comme nous l'avons évoqué précédemment, nous déplorons à ce propos que la loi Avia vienne à contre sens de ces principes instaurés depuis plus de dix ans par la jurisprudence, en prévoyant que les hébergeurs ne seront désormais soumis, ni à une obligation stricte de surveiller les informations qu'ils diffusent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites⁵⁶, mais à une obligation de moyen de mise en œuvre d'un dispositif de notification ou de signalement des contenus haineux⁵⁷, et à une obligation de retrait en 24 heures des contenus illicites qui s'applique seulement en cas de signalement ou notification.

⁵⁰ Voir article de Olivier Violeau, Magistrat, « *Les techniques d'investigations numériques : entre insécurité juridique et limites pratiques* », AJ Pénal 2017 p.324. Il est déplorable par ailleurs de constater que la jurisprudence ne condamne pas l'auteur de l'envoi à un tiers majeur d'un message internet au contenu pornographique susceptible d'être vu par un mineur au sens de l'article 227-24 du Code pénal dès lors que « l'adresse d'un site comportant des messages violents ou pornographiques et le lien permettant d'y accéder, ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'art. 227-24 C. pén.; ainsi n'encourt pas le grief allégué pris de la violation de cet art. la cour d'appel qui, pour faire droit aux conclusions du prévenu excipant de son absence d'intention délictuelle et le renvoyer des fins de l'ensemble de la poursuite, énonce que « le courrier électronique est assimilable à une correspondance privée, qu'il est protégé par un mot de passe personnel et confidentiel qui est composé par l'utilisateur au moment de sa connexion à internet ou à sa boîte aux lettres électronique », que « son titulaire est le seul à y avoir accès et qu'il est responsable de son utilisation, et que ce n'est que par sa volonté qu'un mineur peut la consulter ». (Crim. 3 févr. 2004, n° 03-84.825 P : AJ pénal 2004. 156, obs. Enderlin-Morieult; Dr. pénal 2004. 82, obs. Véron; Gaz. Pal. 2004. 2. Somm. 3381, obs. Barbry; ibid. 2004. 2. Somm. 3382, obs. Monnet; RSC 2004. 642, obs. Mayaud; ibid. 662, obs. Francillon Confirmation de (Angers, 10 juin 2003: D. 2003. 2826, obs. Le Stanc.)

⁵¹ Paris, 14 déc. 1994: *Dr. pénal* 1995. 90 (*1^{re} esp.*), obs. Véron. Le TGI de Paris a jugé que « l'élément intentionnel de l'infraction ne saurait être confondu avec les motifs pour lesquels la diffusion répréhensible a eu lieu, mais est constitué par la seule conscience de diffuser un message à caractère pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

⁵² Par Jérôme Onno, Université François Rabelais de Tours, Petites affiches - n°46 - page 13, 06/03/2000

⁵³ Voir à ce sujet l'article de Virginie Bensoussan-Brule « Responsabilité des hébergeurs : la procédure de notification de contenus illicites strictement encadrée par le juge », Gaz. Pal. 24 janv. 2009, n° GP20090124003, p. 11

⁵⁴ Paris, 2 avr. 2002: *D. 2002. 1900*, obs. Manara

⁵⁵ Crim, 25 avril 1995 n° 94-82.457 : « C'est à juste titre que les premiers juges ont relevé 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; dans ces conditions, dès lors que le prévenu avait conscience, comme il l'a reconnu devant les services de police, que les précautions prises par lui n'empêchaient pas que ses sites soient susceptibles d'être vus par des mineurs, et qu'il a néanmoins continué à les exploiter, l'élément intentionnel est caractérisé. »

⁵⁶ Article 6, I 7° de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN

⁵⁷ L'article 6 de la LCEN dispose qu'un hébergeur comme n'est pas responsable a priori des infractions commises du fait des contenus qu'il diffuse. Mais il le devient, tout comme l'auteur du contenu, si, après avoir reçu le signalement d'un internaute, il ne prend pas les mesures adéquates pour bloquer le contenu illicite. La loi Avia ne réforme en rien ces dispositions. L'article 1er, II de la loi prévoit une obligation à la charge des opérateurs de plateforme de retirer les contenus manifestement haineux dans un délai maximum de 24 heures après notification par toute personne. LCEN consultable en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000801164>

Par réalisme, il convient néanmoins de reconnaître que, même si la loi obligeait les tribunaux judiciaires à suivre une interprétation stricte de l'article 227-24 du Code pénal, à l'instar de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 juin 2019⁵⁸, de façon à ce que la responsabilité pénale des fournisseurs d'accès soit systématiquement retenue en cas de diffusion de contenus pornographiques⁵⁹, le problème du développement de la pornographie sur le net ne serait pas réglé : Les millions de producteurs et diffuseurs échapperaient en majorité aux sanctions. Face à ces obstacles par conséquent, aucune disposition répressive ne semble pouvoir offrir une stratégie de lutte efficace contre ce fléau.

C'est pourquoi, nous pensons que les sites pornographiques doivent être radicalement bloqués, comme en Russie⁶⁰. De telles mesures profiteraient aux mineurs. Soulignons à ce sujet que l'article 36 du traité de Rome justifierait parfaitement le blocage de ces contenus, nonobstant l'existence des principes de liberté des échanges de produits et marchandises, dès lors que ces mesures sont « justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé (...) »⁶¹. Au demeurant, nous réfutons les doctrines qui plaident en faveur de la recherche systématique d'un soi-disant « équilibre » entre les notions de « liberté d'expression », ou de « création artistique » et de « droits individuels »⁶², sur la question de la protection des mineurs contre la pornographie. Aucune liberté individuelle fondamentale soit-elle, ne saurait en effet éliminer ou supplanter les principes de protection des droits des mineurs et des personnes fragiles. Ainsi, la liberté d'expression doit absolument trouver l'une de ses limites naturelles dans les exigences de la protection des plus fragiles⁶³.

Toutefois, pour mettre en œuvre toutes ces perspectives, encore faut-il user de courage face à l'esprit du relativisme politique et doctrinal qui favorise pernicieusement l'infiltration et le développement de la liberté sexuelle à outrance dans notre droit⁶⁴.

Jean-Luc Thiver-Joly

Docteur en droit et sciences criminelles, juriste

⁵⁸ Cass. Crim., 5 juin 2019, 18-84.350, Inédit. Par cet arrêt très important, la Cour avait condamné l'auteur de contenus pornographiques à l'usage des mineurs en considérant que : « la loi pénale est d'interprétation stricte et que la pornographie consiste en la représentation minutieuse de choses obscènes, dans la seule intention de provoquer l'excitation sexuelle ; qu'elle se distingue de la simple formulation de propos à connotation ou à signification sexuelle, fût-ce en des termes propres à heurter la sensibilité. »

⁵⁹ T.G.I. Nanterre 8 décembre 1999 (Gaz. Pal. 12 février 2000, note Bitan) relativement à la diffusion, sur un site à caractère pornographique, de photographies d'une femme dénudée, prises dans son activité de mannequin. Le jugement précise la responsabilité des fournisseurs d'accès.

⁶⁰ Voir à ce sujet l'article « La Russie filtre les sites pornographiques pour inciter les gens à repeupler le pays », publié sur le site internet <https://www.droit-technologie.org>, le 14/09/2016 par Étienne WERY : « Au début on a cru à une blague, mais apparemment l'information est confirmée : pour inciter les gens à faire plus d'enfants et repeupler le pays, les autorités russes ont décidé de bloquer les deux plus grands sites pornographiques du monde : Pornhub et Youporn. »

⁶¹ Article 36 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dit « Traité de Rome » : « Les dispositions des articles 30 à 34 inclus ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire, ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres. »

⁶² Certains en France défendent l'idée d'une liberté sexuelle allant jusqu'à revendiquer un droit à la prostitution. Voir not. l'article de Gaëlle Dupont : « Prostitution : "L'Etat n'a pas à légiférer sur l'activité sexuelle des individus" », publié le 19 novembre 2013 à 10h04 - Mis à jour le 22 novembre 2013 à 12h40, consultable en ligne : https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/11/19/prostitution-l-etat-n-a-pas-a-legiferer-sur-l-activite-sexuelle-des-individus_3516107_3224.html. Pour la philosophe féministe Elisabeth Badinter, punir les clients serait "une déclaration de haine à la sexualité masculine" ; Lire aussi l'article « 343 salauds » clament leur droit à « leur pute » (Libération), par Alice Géraud, 29 octobre 2013 à 21:51 (mis à jour le 30 octobre 2013 à 09:22) ; Voir aussi l'appel des "343 salauds", qui s'opposaient à la pénalisation des clients de prostituées au nom du respect de la liberté.

⁶³ Atteinte à la dignité de mineurs par diffusion de messages pornographiques : Cass. crim., 23 février 2000 (rejet sur le moyen Nîmes 11 mars 1999) : Kaminsky et autre - MM. Gomez, prés., et Palisse, rapp. ; M. Cotte, av. gén. - S.C.P. Piwnica & Molinié, av. - Pourvoi no 99-83.928 PF /1513. ; J. Francillon, Rev. sc. crim. 2000. 639 : « Pour déclarer à bon droit 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 PC Loisirs, 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 ; 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 ; 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 (article 227-24 du Code pénal). »

⁶⁴ Certains plaident pour une « unification bienvenue de la notion de pornographie », voir article de Marc Le Roy, Docteur en droit, chargé de cours à l'université de Tours, « Sexe au cinéma : vers une unification bienvenue de la notion de pornographie ? », AJDA 2016 p.2221