

Neutralité du net et pornographie

Résumé

Colloque « Pornographie et droit » du RERDH, 30 nov. et 1^{er} déc. 2017, Limoge

Alexandre Tourette

Le réseau internet transmet tout type de contenu sans se préoccuper de leur nature, de leur destination ou de leur source. C'est ce que l'on appelle la neutralité du net. Les libertés qu'elle offre sont en grande partie responsables de l'immense succès de la pornographie en ligne. Pour le droit, les contenus pornographiques représentent un cas d'école, car ils ne sont pas illicites, leur censure généralisée serait attentatoire à de nombreuses libertés fondamentales. Ils nécessitent pourtant une régulation efficace, car ce type de contenu est particulièrement susceptible d'engendrer des dérives.

1. – Une question préalable : qu'est-ce que la neutralité du net ? La neutralité du net est dans l'air du temps. Elle est maintenant régulièrement évoquée au sein des parlements, des tribunaux ou des autorités de régulation. Pourtant, l'accord n'est pas entier sur la définition de la neutralité du net et la question reste bien souvent obscure. Alors, qu'est-ce que la neutralité du net ?

Pour bien en comprendre les implications, il faut tout d'abord dire d'où vient la neutralité de l'internet. Elle s'ancre dans l'histoire du réseau ce qui n'est pas sans conséquence. Il s'agit donc, avant tout, d'un concept technique que nous avons tous expérimenté sans même nous en rendre compte. Le réseau internet nous laisse indifféremment accéder au site d'une multinationale, envoyer un email ou regarder une vidéo. C'est cela la neutralité du net au sens premier du terme : le réseau est indifférent à nos usages. Il les transporte, quels qu'ils soient. De telles libertés offertes à tout un chacun ont rapidement intéressé les juristes. Comment garantir que le réseau internet continue d'offrir ces libertés ? Sur cette interrogation est née l'idée d'une neutralité du net juridique ; d'une neutralité du net qui garantisse juridiquement aux utilisateurs de l'internet les libertés auxquelles ils se sont habitués.

Les partisans de la neutralité du net peuvent se targuer de quelques succès ces dernières années. Les régulateurs des deux côtés de l'atlantique ont souhaité la protéger¹, le législateur européen le législateur national ont affiché une volonté concordante². Or, garantir la liberté des utilisateurs du réseau, c'est leur permettre de l'utiliser comme ils le veulent. La nature humaine est ainsi faite que l'un des premiers, si ce n'est le tout premier, usage de l'internet consiste à consommer des contenus pornographiques.

2. – Effet de la neutralité sur la diffusion de la pornographie en ligne. L'effet direct d'une grande liberté en ligne conjuguée avec un relatif anonymat est une consommation accrue de

¹ *FCC Policy Statement on Network Neutrality* de la FCC (05-151, 2005) – *BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, BoR (16) 127 (2016)

² Règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015, art. 3 – Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

pornographie. Ce qui nécessitait de se rendre dans un vidéoclub, une librairie ou un cinéma spécialisé peut maintenant se faire depuis chez soi en toute discrétion. Ainsi, les échanges liés à la pornographie sont parmi les plus gros générateurs de trafic³. Le mot « sex » était, dès que sont apparus les moteurs de recherche, le plus recherché⁴.

La révolution internet a produit ses effets encore au-delà. Ce ne sont pas seulement les pratiques de consommation qui ont été bouleversées par l'internet. La production a également changé de nature. Cela est également directement lié au caractère neutre de l'internet, car sur ce type de réseau, envoyer un contenu se fait tout aussi librement que le recevoir. L'internet est donc devenu, comme dans bien des domaines, le royaume des « amateurs »⁵. La pornographie ne fait pas exception. Les plus gros sites du domaine sont des hébergeurs de vidéos et de photos produites, en majorité, par des amateurs.

3. – Enjeux de la régulation. L'encadrement de la pornographie est particulier en ce qu'il s'agit d'un usage légal, mettant en œuvre des libertés fondamentales, mais dont le jeune public doit être protégé. Cet usage est également particulièrement susceptible de dérives. Certes, tous les usages de l'internet le sont, mais la pornographie a suscité des usages spécifiques qu'il importe de réguler (*revenge porn*, etc.). La régulation de la pornographie se présente donc comme un cas d'école : comment garantir les libertés sur le réseau tout en assurant sa régulation ?

4. – Impossible censure pratiquée par le réseau. Pour réguler la pornographie, il y a une voie à exclure selon nous, car impraticable : celle d'une censure pratiquée par le réseau lui-même. Faire en sorte que le réseau ne transmette plus de contenus pornographiques serait une atteinte à la neutralité juridique autant qu'à la neutralité technique qui préside encore aujourd'hui au fonctionnement du réseau. À première vue, cet argument n'est pas très convaincant. Pourtant, il s'appuie sur des droits fondamentaux et des réalités techniques incontournables.

Remettre en cause la neutralité de l'internet serait en effet revenir sur un vaste mouvement qui, depuis 10 ans, protège l'internet le biais des libertés fondamentales⁶. À la suite de l'arrêt « HAPOPI 1 » du Conseil constitutionnel français⁷, l'internet a été explicitement associé au plus haut degré normatif à la liberté d'expression, à la liberté de communication⁸ ou à la

³ M. Castleman, « *Dueling Statistics: How Much of the Internet Is Porn?* », 2015, <https://www.psychologytoday.com/blog/all-about-sex/201611/dueling-statistics-how-much-the-internet-is-porn>

⁴ D. Sullivan, « *Sex Is Still A Top Search Term* », 2005 : <https://searchenginewatch.com/sew/news/2047630/sex-is-still-a-top-search-term>

⁵ A. Granchet, « *Les amateurs. Création et partage de contenus sur Internet : nouveaux défis juridiques* », Legipresse 2007, n° 246, pp. 150-155.

⁶ V. l'exposé comparatiste de Michaël Bardin : « *Le droit d'accès à l'internet, entre « choix de société » et protection des droits existants* », RLDI 2013/91, n° 3047

⁷ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, HADOPI 1 : D. 2009, p. 1770 obs. J.-M. Bruguière ; p. 2045, obs. L. Marino, 2010 ; p. 1967, obs. J. Larrieu ; Constitutions 2010 p. 97, obs. H. Périnet-Marquet ; p. 293, obs. D. de Bellecize ; RSC 2009 p. 609, obs. J. Francillon ; 2010 p. 209, obs. B. de Lamy ; p. 415, A. Cappello ; RTD civ. 2009 p. 754 obs. T. Revet ; RTD com. 2009 p. 730, note F. Pollaud-Dulian ; JCP G 2009 comm. 101 note J.-P. Feldmann ; JCP G 2009 ét. 274 note M. Verpeaux ; RLDI 2009/51 n° 1699 note D. Rousseau ; 2009/52 n° 1735 note V.-L. Benabou.

⁸ CEDH, 18 déc. 2012, n° 3111/10, aff. Ahmet Yildirim c/ Turquie : Comm. Com. électr. 2013/7, comm. 77 obs. A. Debet, 2013/9, ét. 14 note J.-P. Marguénaud ; RLDI 2013/92 n° 3067 obs. L. L.

liberté d'entreprise⁹. Son intérêt démocratique a été reconnu dans presque toutes les démocraties. Il est intéressant de noter que l'une des premières décisions associant internet et libertés fondamentales, l'affaire *Reno vs. ACLU* en 1997 tranchée par la Cour suprême des États-Unis en 1997¹⁰, s'appuyait sur un précédent portant sur les services de téléphone rose. La Cour y avait considéré qu'interdire ces services parce qu'ils sont accessibles à des mineurs serait les interdire à tous, car ils n'ont aucun moyen de vérifier l'âge des personnes qui les appelle. Le parallèle avec les sites internet pornographiques est convaincant.

La conséquence de la protection juridique de l'internet est fondamentale : la censure généralisée de l'internet ainsi que les obligations générales de contrôle sont impossibles à mettre en place. Une obligation générale de surveillance à la charge des intermédiaires techniques été déjà prohibée en Europe depuis la Directive commerce électronique de 2001. Sur ce point, il pourrait être objecté que l'obligation n'est pas générale si elle ne porte que sur un type de contenu particulier, en l'occurrence les contenus pornographiques. Cela ne paraît pas une interprétation judicieuse. Tentons de le démontrer. Pour détecter la nature des contenus qui transitent par leur infrastructure, les intermédiaires soumis à une obligation « spécifique » de contrôle des contenus pornographiques devraient... surveiller toutes les communications ! En effet, d'un point de vue technique, rien ne différencie un paquet réseau transportant un contenu pornographique de tout autre contenu. Le seul moyen de s'assurer de la nature des contenus, c'est d'ouvrir les petits paquets circulant sur le réseau, de les reconstituer et de les analyser (au mépris du secret des correspondances, du respect de la vie privée, etc.). L'ensemble de ce processus peut être automatisé. Techniquement, cela est faisable, même si les faux positifs et les erreurs restent fréquents. D'ailleurs, ça se fait déjà... dans des dictatures.

5. – Le nécessaire filtrage en périphérie du réseau. Nous trouvons tous normal de pouvoir circuler librement sur nos routes et dans nos rues. Personne ne demande le contrôle généralisé des routes sous prétexte qu'elles servent à des trafiquants et à des voleurs. Tout un chacun trouve naturel de protéger ses enfants des dangers de la rue, de ne pas les y abandonner sans surveillance au risque de mauvaises rencontres. Un réseau neutre est un peu à l'image de nos villes ouvertes. Il offre de formidables libertés, mais les mineurs doivent être protégés des dangers qu'il porte. Ce qui y circule doit aussi être régulé et les auteurs de faits illicites doivent être punis, sans que l'on puisse s'attendre à une effectivité parfaite.

Tout d'abord comment faire pour protéger les mineurs des dangers de l'internet ? Nous l'avons vu, la solution est conditionnée par l'impossibilité de censurer le réseau de manière générale. Il faut alors pratiquer une censure, mais en périphérie du réseau. Les logiciels de

⁹ CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10 : Comm. com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. A. Debet ; D. 2011 p. 2925, obs. C. Manara ; D. 2012 p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RLDI 2011/77, n° 2541, obs. L. C. ; RLDI 2012/78, n° 2611 obs. E. Derieux ; n° 2612, obs. C. Manara ; n° 2613 note A. Troianiello , 2012/79, n° 2622 note C. Castets-Renard ; RSC 2012, p. 163, obs. J. Francillon ; RTD eur. 2012 p.404, obs. F. Benoit-Rohmer. – CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10 : Comm. Com. électr., 2012, n° 6, comm. 63 obs. A. Debet ; D. 2012, p. 549, obs. C. Manara ; p. 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; RSC 2012, p.163, note J. Francillon ; RLDI 2012/78, n° 2613 obs. A. Troianiello.

¹⁰ Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1997, *Reno, Attorney General of the United States et a. vs American Civil Liberties Union et a.*, 521 U.S.844 (1997), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.html>.

filtrage parentaux apportent des solutions efficaces. Informer les familles de l'existence de telles solutions – et leur en fournir une au besoin – est historiquement la première obligation légale mise à la charge des FAI¹¹. L'obligation d'information est ici particulièrement importante, car pour que ces solutions s'avèrent efficaces, il faut qu'elles soient connues et maîtrisées par ceux qui doivent les mettre en œuvre. Leur immense avantage est de ne pas altérer le réseau. Celui-ci reste neutre. Uniquement un poste ou une connexion à l'usage d'un mineur est censuré. Le risque de faux positifs et de blocages excessifs – inévitables avec ce type de produits – n'a pas du tout le même retentissement que lorsque c'est l'internet lui-même qui est censuré.

Qui devrait mettre en place ces solutions ? À la tentation première qui est de dire que c'est le titulaire de l'accès, il faut plutôt dire que c'est celui qui offre un accès à un mineur. À défaut de mise en place de ces solutions, c'est en théorie au service en ligne de s'enquérir de l'âge de son visiteur¹². La pratique consiste pour l'instant à s'appuyer sur la seule bonne foi du visiteur. C'est léger, mais d'autres solutions paraissent très lourdes. Cela ne dégage pas pour autant les acteurs du secteur de toute obligation.

6. – Le rôle des intermédiaires techniques. Lorsqu'un site internet est édité par une personne physique ou morale qui publie d'elle-même des contenus pornographiques, le droit applicable est celui du droit de la presse avec la désignation obligatoire d'un directeur de la publication. Il répondra des contenus dépassant la frontière de l'illicite.

Ce n'est cependant pas le modèle le plus courant sur l'internet. Bien des services de diffusion de contenus pornographiques s'appuient sur les contenus fournis par les visiteurs (les fameux *user generated contents*). Bien au-delà de la pornographie, ce type d'usage a connu un succès fulgurant depuis 10 ans. Ce mouvement a été qualifié de web 2.0 et compte parmi ses fers de lance des noms comme Facebook, YouTube, Wikipédia, etc. La jurisprudence est maintenant à peu près stabilisée : ces acteurs sont des hébergeurs au sens de la Directive commerce électronique de 2001 et de la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) de 2004¹³.

Il s'en suit l'application d'un régime juridique très favorable. Ces acteurs ne sont, par principe, pas responsables des contenus illicites qu'ils hébergent à condition qu'ils n'aient pas

¹¹ La loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications avait incéré un art. 43-1 à la loi n° 86-1067 du 30 sept. 1986 relative à la liberté de communication prévoyant que « toute personne dont l'activité est d'offrir un service de connexion à un ou plusieurs services de communication audiovisuelle [...] est tenue de proposer à ses clients un moyen technique leur permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner. »

¹² Dans une application très libérale de l'article 227-24 du Code pénal.

¹³ L'arrêt de référence en la matière est l'arrêt Google de la CJUE (23 mars 2010, Google, aff. C-236/08, § 116 : Gaz. Pal. 2010, 1, n° 114, note V. Brunot ; JCP E. 2010, act. 186, M. Schaffner ; Propriété industrielle, 2010, comm. 45 note J. Larrieu ; RLDI 2010/60 n° 1980 note obs. L. Grynbaum, n° 1994, note. F. Glaize et B. Pautrot, 2010/61 n° 1999 note C. Castets-Renard ; 2010/62 n° 2029 note E. Tardieu Guigues, n° 2309 note R. Hardouin.) suivi par les arrêts Dailymotion et Fuzz au niveau national (Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896 (Dailymotion), 09-13.202 (Fuzz) : D. 2011 p. 1113, note. L. Grynbaum ; Comm. Com. électr. 2011 comm. 32 obs. C. Caron ; RLDI 2011/69 n° 2258, note C. Castets-Renard ; 2011/70 n° 2308 note V. Dahan et H. Tempier, n° 2309 note A. Saint Martin, 2011/71 n° 2351 note M. Barbier et V. Geeraert ; D. 2011, p. 668, note C. Manara, JCP G 2011, n° 18, 520, note A. Debet, RTD com. 2011, p. 351, obs. F. Pollaud-Dulian).

eu connaissance de cette nature. Autrement dit, à condition qu'ils aient agi en toute neutralité. Il n'y a aucune raison que les intermédiaires spécialisés dans l'hébergement de contenus pornographiques ne soient pas considérés comme neutres. Le critère est en effet celui de la connaissance des contenus et non celui de l'orientation du service.

Toutefois, il est impossible de nier que s'orienter vers l'hébergement de contenus pornographiques est un choix spécifique et important. Les gardes fous que devra mettre en place l'hébergeur seront les mêmes que pour tous les autres hébergeurs, mais on est en droit d'attendre de sa part une vigilance particulière dans leur mise en œuvre.

En particulier, les hébergeurs sont tenus de mettre hors ligne les contenus manifestement illicites qui leur sont notifiés¹⁴. C'est à l'hébergeur lui-même d'apprécier ce caractère manifestement illicite. Un hébergeur de contenus pornographiques devra être particulièrement attentif aux pratiques de *revenge porn* tout autant qu'à la préservation du droit d'auteur des producteurs de tels contenus !

Les hébergeurs sont également tenus de mettre en place un dispositif spécial pour signaler ce que l'on appelle les contenus odieux. Il n'y a alors pas de procédure de notification et l'hébergeur à l'obligation de collaborer avec les autorités pour la poursuite des personnes publiant de tels contenus. Bien sûr, ce qu'est un contenu odieux est sujet à interprétation. L'article 6-I.7 al. 3. de la LCEN en donne pourtant une liste en extension continue¹⁵. La pédopornographie fut l'un des premiers éléments de la liste. Là aussi, l'hébergeur de contenu pornographique devra être particulièrement attentif et réactif aux signalements.

7. – La poursuite des usages illicites. Une obligation que l'hébergeur de contenus pornographiques pourra exercer comme tous les autres est celle tenant à la collecte et à la conservation de données d'identification. Lorsque vous visitez un site, lorsque vous y publiez un contenu, vos données d'identification – adresse IP, date et heure de la connexion, adresse visitée, etc. – sont enregistrées. Cette obligation pesant à la fois sur les hébergeurs et sur les FAI est la pierre angulaire de la responsabilité sur l'internet. Sans elle, l'internet serait ce lieu où règne l'anonymat que certains dénoncent. Heureusement, ce n'est pas le cas. Les usages illicites, qu'ils soient pornographiques ou non, doivent être poursuivis à partir de ces données conduisant à l'identité du titulaire de l'accès après requête auprès de son FAI. En réalité, les usages sur l'internet sont beaucoup plus « traçables » que dans le monde physique.

¹⁴ V. article 6 I.5 de la LCEN et la décision du Conseil constitutionnel (n° 2004-496 DC) du 10 juin 2004.

¹⁵ Article 6 I.7 de la LCEN.