

Pornographie et neutralité du net¹

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

Alexandre Tourette

Docteur en droit privé, qualifié aux fonctions de maître de conférences

Le réseau internet transmet tout type de contenus 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 formidables libertés qu'elle offre sont en grande partie responsables de l'immense succès de la pornographie en ligne. Pour le droit, cette déferlante représente un cas d'école, car la pornographie n'est pas illicite, sa censure généralisée serait attentatoire à de nombreuses libertés fondamentales. Elle nécessite pourtant une régulation efficace, car conjuguée aux possibilités offertes par un réseau neutre, elle est particulièrement susceptible d'engendrer des dérives.

Comment ne pas évoquer l'internet lorsque l'on parle de pornographie ? Le réseau mondial a révolutionné le secteur en quelques années. Il a parallèlement démocratisé la diffusion du « porno » à un point difficilement perceptible. À l'échelle du net, c'est déjà un sujet historique ! Dès l'origine, la pornographie fut l'un des usages les plus répandus et les plus controversés de l'internet. Les chiffres s'imposent comme un constat. La pornographie consomme un volume de données considérable². Très tôt dans l'histoire du web, le mot clé le plus recherché sur les moteurs de recherche était « sex »³. Aujourd'hui encore, les plus gros sites pornographiques bénéficient d'une audience parfois supérieure à celle de sociétés technologiques américaines de premier ordre⁴. Les études sociologiques de leur côté prouvent l'ampleur de la « révolution internet » sur ce plan. En particulier la jeunesse est de plus en plus massivement et de plus en plus tôt confrontée à la pornographie⁵. Face à ce constat, la question du pourquoi doit être posée. Pourquoi l'internet est-il devenu un si grand pourvoyeur de pornographie ? Plusieurs types de réponses peuvent être formulés.

Il y a tout d'abord des réponses qui peuvent paraître évidentes. L'internet offre un relatif anonymat qui désinhibe les comportements. Il n'est plus nécessaire de se rendre dans un kiosque, un vidéo club ou un cinéma spécialisé pour consommer de la pornographie. Cela peut désormais se faire dans le secret du domicile, à l'abri des regards et de la pression sociale qu'ils engendrent. La diffusion gratuite, ou d'apparence gratuite⁶, de la pornographie vient

¹ Le style oral de la contribution a été conservé.

² M. Castleman, « Dueling Statistics: How Much of the Internet Is Porn? », *Psychology Today*, 2015, <https://www.psychologytoday.com/blog/all-about-sex/201611/dueling-statistics-how-much-the-internet-is-porn>

³ D. Sullivan, « Sex Is Still A Top Search Term », *Search Engine Watch*, 2005, <https://searchenginewatch.com/sew/news/2047630/sex-is-still-a-top-search-term>

⁴ V. le classement établi par la société Alexa qui liste les sites les plus visités au monde : <https://www.alexa.com/topsites>. Fin novembre 2017, ce classement faisait par exemple apparaître des sites de vidéos pornographiques avant microsoft.com.

⁵ Pour un état des lieux : R. Poulin, « La pornographie, les jeunes, l'adocentrisme », *Les Cahiers Dynamiques*, 2011/1, n° 50, p. 31 s.

⁶ De manière générale, la gratuité sur l'internet n'est généralement pas exclusive d'une forme de rémunération pour celui qui diffuse un contenu. Le « business model » peut être celui du *freemium* (gratuité d'une partie de

renforcer ce phénomène. Un internaute, même s'il n'est pas doté d'une carte bleue, peut consulter des contenus pornographiques de manière virtuellement illimitée.

Ces réponses, somme toute triviales, cachent des éléments plus fondamentaux liés à la nature même de ce qu'est l'internet. Car le succès de la pornographie en ligne a des causes avant tout techniques. C'est la capacité du réseau internet à transporter n'importe quel contenu de la même manière qui rend si facile la diffusion de la pornographie. Nous l'expérimentons tous les jours. Nous pouvons consulter le site d'une multinationale, puis celui d'une association de quartier, nous pouvons jouer en ligne, puis faire une vidéoconférence. Le réseau transporte tous ces usages de la même manière sans se préoccuper un seul instant de leur nature. Cela vaut aussi pour la pornographie.

La capacité de l'internet à tout transporter ne doit rien au hasard. Elle est inscrite dans l'ADN du réseau. Depuis l'origine, l'internet a été pensé pour ne pas se préoccuper de ce qu'il transporte⁷. D'où que viennent les contenus, quelle que soit leur nature, ils doivent être transportés de la même façon. Techniquement, cela se traduit par la règle du *best effort*⁸. L'internet n'a pas été pensé pour autre chose que transporter du mieux possible des petits paquets composés de zéros et de uns. Du point de vue du réseau, la connexion sécurisée au site d'une banque ou le transfert d'une image pornographique se ressemblent furieusement : *le réseau est neutre* vis-à-vis de ses usages. Le concept sur lequel l'internet s'est forgé veut donc que tous les internautes, quels que soient leurs usages, soient traités sur un pied d'égalité.

Le caractère neutre de l'internet a eu des effets qui vont bien au-delà du sujet qui nous réunit aujourd'hui. Il est véritablement à l'origine de la « révolution internet ». Celle-ci est perceptible aujourd'hui en presque tout domaine. La neutralité du net a engendré une vague d'innovations encore en cours qui bouleverse la plupart des secteurs économiques. L'absence de barrière à l'entrée et d'autorisation a permis l'éclosion de multiples services en ligne dont certains font maintenant partie de notre vie quotidienne : Google, Facebook, Amazon, Netflix, etc. La nature humaine étant ce qu'elle est, la pornographie est devenue en parallèle l'un des usages les plus populaires du réseau mondial.

Un tel bouleversement ne pouvait laisser le droit indifférent. Ce sont tout d'abord les vertus de l'internet en tant qu'outil démocratique qui ont été consacrées au plus haut niveau normatif. Ce n'est pas surprenant tant le caractère neutre du réseau favorise la liberté d'expression et, peut-être plus encore, le pluralisme⁹. La liberté d'entreprise et la libre concurrence ont également trouvé à s'arrimer à l'internet¹⁰. L'ensemble de ces valeurs s'agrège aujourd'hui autour du concept de neutralité de l'internet. Si le débat peut sembler

l'offre afin d'attirer le consommateur vers une offre payante) ou centré sur l'usage marketing des données personnelles de l'internaute.

⁷ *Architectural Principles of the Internet*, RFC 1958

⁸ La règle du *best effort* veut que chaque partie du réseau fasse de son mieux pour transmettre les données. Elle a été justement assimilée à une obligation de moyen (*La neutralité de l'internet : Un atout pour le développement de l'économie numérique*, Rapport du Gouvernement au Parlement, juill. 2010, n° 2.3.1, p. 16).

⁹ V. not. l'arrêt *Reno* de la Cour suprême des États-Unis (Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1997, *Reno*, Attorney General of the United States et a. vs ACLU et a., 521 U.S.844 (1997)) ou la décision HADOPI I du Conseil constitutionnel français (Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC).

¹⁰ V. not. : CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet*, aff. C-70/10 ; CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM*, aff. C-360/10

complexe, il se présente sous la forme classique d'une opposition entre libertés fondamentales et nécessaire régulation. Le sujet de la pornographie en est une excellente illustration : alors que les usages pornographiques de l'internet peuvent être protégés comme des libertés, il est en ce domaine particulièrement inenvisageable de laisser prospérer toutes les dérives.

Pour prendre la mesure de la force des enjeux attachés à ce sujet, il faut constater l'impossible censure généralisée de la pornographie sur un réseau neutre (I) avant d'envisager le nécessaire encadrement des usages pornographiques (II).

I. L'impossible censure généralisée de l'internet neutre

Protéger le jeune public des contenus pornographiques circulant librement sur l'internet est historiquement l'une des motivations premières de la volonté de censure¹¹. Si la protection de l'enfance est la cause la plus légitime qui soit, elle a paradoxalement conduit à consacrer l'internet comme un vecteur démocratique. Ainsi, la protection juridique de l'internet a été acquise en partie au cours de ce débat (A). La consécration de la neutralité du net est venue ensuite renforcer cette protection et les obstacles posés aux volontés de censure (B).

A. La protection juridique de l'internet

Protéger les plus jeunes des contenus pornographiques conduits rapidement à une question insoluble : comment faire en sorte que le réseau soit censuré pour les mineurs et pas pour les autres ? Le réseau et les services en ligne n'ont aucun moyen fiable de connaître l'âge d'un internaute. La censure pour être efficace doit donc être généralisée. Il y a là un problème juridique qui a été relevé dès 1997 aux États-Unis. Le *Communications Decency Act* de 1995 y avait interdit la diffusion de contenus pornographiques ou indécents auprès de mineurs. La Cour suprême dans sa décision du 26 juin 1997 a invalidé une partie de la loi¹². Elle a par la même occasion associé l'internet au premier amendement de la constitution des États-Unis – ce qui marque le point de départ d'un mouvement sur lequel nous reviendrons. L'opinion majoritaire du juge Stevens met particulièrement en exergue le raisonnement de la Cour : « *pour protéger les mineurs d'un contenu indécents, la loi porte atteinte aux droits constitutionnels des adultes de se transmettre entre eux ce type de données. Ce fardeau pesant sur le droit des adultes est inacceptable.* »¹³. Autrement dit : on ne peut censurer de manière générale l'internet sans porter atteinte à la liberté d'expression et d'information. Rien de vraiment neuf dans ce raisonnement qui avait déjà été utilisé aux États-Unis dans un précédent portant sur le téléphone rose¹⁴. C'est dans l'ampleur des usages de l'internet, et donc des effets de cette décision, que la nouveauté réside. Le mouvement de limitation de la censure sur l'internet a ensuite prospéré en de nombreux domaines. La directive Commerce électronique de 2000¹⁵, à l'image du DMCA américain¹⁶, a limité fortement la responsabilité

¹¹ L'arrêt *Reno* de Cour suprême (préc.) en est probablement la meilleure illustration.

¹² Cour suprême des États-Unis, 26 juin 1997, préc.

¹³ « *In order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA effectively suppresses a large amount of speech that adults have a constitutional right to receive and to address to one another. That burden on adult speech is unacceptable.* ».

¹⁴ Pour un historique : N. Curien et W. Maxwell, *La neutralité d'internet*, La Découverte, coll. Repères, 2011, p. 71.

¹⁵ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

des intermédiaires techniques de l'internet afin de ne pas les ériger en police privée du net. À la suite de décision HADOPI 1 du Conseil constitutionnel français du 10 juin 2009¹⁷, un véritable mouvement mondial de protection de l'internet par le biais des libertés fondamentales a vu le jour¹⁸. Du fait de cette protection, la pornographie ne peut être censurée par le réseau sans violer des droits reconnus comme fondamentaux.

Le débat portant sur la neutralité du net est né dans ce contexte de reconnaissance de l'internet au plus haut degré normatif. Il fait apparaître un creux du droit en forme de questions : alors même que l'internet est associé aux libertés fondamentales, qu'est-ce qui garantit que les internautes puissent réellement y exercer leurs libertés ? Qu'est-ce qui garantit que chaque utilisateur de l'internet ait réellement accès à l'ensemble des services du net ? Services email, sites de vente en ligne, encyclopédies numériques, moteurs de recherche... ou services pornographiques ? À vrai dire, rien de bien concret ! Si ce n'est la protection juridique de la neutralité de l'internet.

B. La protection juridique de la neutralité du net

La volonté de protéger juridiquement la neutralité de l'internet est liée à la crainte que l'internet de demain ne soit plus celui que nous connaissons. Le danger tient dans le modèle économique des fournisseurs d'accès à l'internet (FAI). Ces entreprises¹⁹ qui, pour quelques dizaines d'euros par mois, ouvrent un accès à l'internet sont aujourd'hui tentées de délaisser le modèle de l'internet neutre. Celui-ci reposait sur un intérêt partagé entre FAI et services en ligne. Du côté des FAI, plus il y a de services en ligne attractifs, plus il y a de clients. Du côté des services en ligne, plus il y a de FAI, plus il y a des visiteurs ou des clients potentiels. Le développement des uns était le meilleur gage du développement des autres.

Cet équilibre a été perturbé par l'apparition de nouveaux acteurs dans les années 2000. Ils sont souvent regroupés sous l'acronyme GAFAM pour Google Amazon Facebook Apple et Microsoft. À eux seuls, ils génèrent une bonne partie du trafic que les FAI doivent transmettre. Cet élément aurait sans doute suffi à bousculer l'équilibre sur lequel l'internet s'est bâti²⁰, mais l'élément capital est sans doute que ces géants engrangent aussi une partie considérable des bénéfices économiques liés au développement du réseau. Des FAI s'estiment injustement privés d'une manne financière qu'ils rendent pourtant possible. Il est vrai qu'ils sont le passage obligé des internautes vers tous les services en ligne, y compris les plus grands. De là est née une volonté de rééquilibrage. Or, permettre aux FAI de profiter de la richesse captée par les services en ligne – au-delà de l'abonnement payé par l'internaute – passe par la remise en cause de la neutralité du net. En effet, pour capter cette richesse, les FAI devraient tarifier d'une manière ou d'une autre l'accès à leurs abonnés. Des accords

¹⁶ *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, 1998.

¹⁷ Cons. const., 10 juin 2009, préc.

¹⁸ 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.

¹⁹ Ce peut aussi être des associations, mais elles n'occupent qu'une part de marché très réduite. Citons l'association FDN (*French Data Network*) qui intervient également dans le débat public en défense des libertés numériques.

²⁰ Alors que le modèle d'interconnexion de l'internet suppose généralement des relations « symétriques », c'est-à-dire engendrant autant de données en voie ascendante qu'en voie descendante, les grands services en ligne contemporains génèrent beaucoup de données en voie descendante et très peu en voie ascendante.

commerciaux devraient être signés avec des services en ligne qui n'auraient aucun intérêt à rémunérer un FAI ayant une attitude neutre (puisque en ce cas, le service en ligne a déjà accès aux abonnés du FAI). Ces accords s'accompagneraient inévitablement du blocage ou du ralentissement des services concurrents, de terminaux incompatibles, de fermeture de protocole ou encore de la pratique du *zero rating*²¹. Cela vaudrait en tout domaine. La pornographie étant un usage majeur du net, il n'y a aucune raison qu'elle soit épargnée. En l'absence de neutralité du net, une connexion à l'internet ne donnerait plus accès à *tous* les services en ligne, mais uniquement à ceux que le FAI de l'internaute a choisis. Il en résulterait un rétrécissement de ce qu'est réellement l'internet réduisant d'autant le champ des libertés associées.

Face à ces craintes est née l'idée de faire entrer dans le champ du juridique la neutralité du net. Il s'agit de consacrer quelque chose qui ressemble à ce qu'est la liberté d'aller et venir dans le monde physique. L'idée est d'interdire aux FAI de discriminer selon la nature des usages, leur provenance ou leur destination. Cela génère un vaste débat depuis plus de 10 ans qui n'a étonnamment que rarement abordé le thème de la pornographie, alors que nous allons voir qu'il est révélateur sur bien des plans.

En Europe, aujourd'hui, la neutralité a globalement bonne presse ce qui se retrouve dans le droit positif. Le Règlement du 25 novembre 2015²² la garantit largement. En France, la loi du 7 octobre 2016 a renforcé cette protection²³. C'est paradoxalement aux États-Unis qu'une remise en cause de la neutralité du net est venue. La FCC avait tout d'abord participé à populariser ce principe en s'y montrant très favorable dès 2005²⁴. En 2015, sous l'impulsion du Président Obama, le régulateur des télécoms américain avait réussi à se doter d'outils aptes à faire respecter la neutralité du net sur le sol des États-Unis²⁵. Lors de la campagne électorale présidentielle de 2016, Donald Trump s'y était lui montré défavorable. Après son élection, et la nomination d'un ancien de Verizon à la tête de la FCC, les règles protégeant la neutralité du net ont été abrogées²⁶. Permettre aux FAI de retrouver une parfaite liberté dans la construction de leurs infrastructures est décrit comme indispensable pour que le réseau bénéficie des investissements nécessaires aux usages du futur. Il faut pourtant constater que la neutralité n'a jamais été un frein au développement de l'internet, bien au contraire. À l'inverse, la remise en cause de la neutralité comporte des risques pour le pluralisme, la concurrence et l'innovation ; notamment du fait de la création possible de droits d'entrée sur un réseau qui n'en a jamais connu.

Ces risques sont, bien entendu, également présents en matière de pornographie. Le secteur est très « éclaté ». Il est composé de nombreux services en ligne de toute taille et de toute origine

²¹ Technique consistant à ne pas décompter d'un forfait disposant d'un volume de données limité l'usage d'un service. Ce dernier s'en trouve mécaniquement favorisé.

²² Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE

²³ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

²⁴ FCC Policy Statement on Network Neutrality FCC 05-151 (2005).

²⁵ P. Idoux, « Neutralité du Net : une prise de position décisive du régulateur américain », *Revue Lamy de la concurrence*, 2015/43 n° 2761.

²⁶ FCC, 14 déc. 2017, <https://www.fcc.gov/restoring-internet-freedom>

géographique. La bande passante importante qu'ils génèrent est donc coûteuse pour les FAI. Il est à craindre que cela soit une incitation supplémentaire pour les FAI de ne pas respecter la neutralité du net en ce domaine. Il serait beaucoup moins coûteux pour eux de concentrer le trafic pornographique sur un très faible nombre d'acteurs dominants. Ce risque évident pour le pluralisme, cette exclusion prévisible des créations indépendantes, des amateurs et des nouveaux entrants, a conduit le secteur à se mobiliser en faveur de la neutralité²⁷. On a même pu voir des actrices X défendre publiquement la neutralité du net au nom de leur indépendance²⁸ ! Il est vrai que les risques liés à l'abrogation de la neutralité du net sont renforcés en la matière. En effet, fournir une connexion non neutre devrait en toute hypothèse s'accompagner d'une obligation d'information renforcée. Mais qui ira se plaindre à un juge ou à une autorité de régulation qu'il n'a pas été correctement informé que son site pornographique préféré n'est pas accessible avec son nouveau FAI ?

La garantie juridique du principe de neutralité permet d'évacuer ce type de question. Sur un réseau neutre, tous les usages sont traités de la même manière, y compris les usages pornographiques. Est-ce à dire que la neutralité du net s'oppose à la régulation de la pornographie sur l'internet ? Une réponse négative doit être portée avec force. Il est très important pour les partisans de la neutralité du net de le dire, car il serait irresponsable de ne pas se préoccuper des conséquences de l'existence d'un réseau neutre.

II. L'encadrement de la diffusion de la pornographie sur l'internet neutre

Lorsque la pornographie franchit la barrière de l'illicite, les acteurs du réseau – hébergeurs et FAI que l'on regroupe dans la catégorie des intermédiaires techniques – peuvent utilement contribuer à sa régulation (A). *A contrario*, lorsque la pornographie ne franchit pas cette barrière, les intermédiaires techniques ne peuvent – et ne doivent – intervenir. La lourde charge de la protection de l'enfance revient alors, en priorité, aux parents (B).

A. La contribution du réseau à la lutte contre les dérives de la pornographie

La pratique donne une idée de ce que l'imagination humaine a pu faire de l'outil numérique en matière de dérives illicites. Face à leur gravité, les intermédiaires techniques de l'internet, bien que neutres, ne sont pas déchargés de toute obligation. Leurs obligations peuvent se décomposer en trois missions : traçage, collaboration avec les pouvoirs publics et régulation des contenus.

Le traçage est la pierre angulaire d'un réseau neutre. Les intermédiaires techniques doivent offrir la possibilité d'identifier les auteurs d'usages illicites. C'est ni plus ni moins que la condition nécessaire à l'application du droit sur le réseau. Pour cela, la Loi pour la Confiance dans l'Économie Numérique (LCEN) leur impose des obligations de collecte et de

²⁷ « Le secteur du porno rejoint le combat pour la neutralité du net », *ZDNet*, 27 juin 2017, <http://www.zdnet.fr/actualites/le-secteur-du-porno-rejoint-le-combat-pour-la-neutralite-du-net-39854242.htm>.

²⁸ Q. Girard, « La neutralité du net expliquée par des pornstars », *Libération*, 15 nov. 2014, http://next.liberation.fr/sexe/2014/11/15/la-neutralite-du-net-expliquee-par-des-pornstars_1143550.

conservation des données de connexion²⁹. Les FAI ont ici une mission particulière puisqu'ils sont en charge d'effectuer le lien entre l'identité numérique et l'identité physique du titulaire d'un accès à l'internet. Retracer le fil de la causalité matérielle au moyen d'ordonnances sur requête permettant d'obtenir ces données est souvent le seul moyen pour une personne dont la vie intime est exposée sur le net de retrouver l'auteur véritable de la mise en ligne.

La collaboration avec les pouvoirs publics est une mission liée à la notion de « contenus odieux ». Le développement de l'internet s'est malheureusement accompagné de la création de contenus particulièrement choquants. La lutte contre l'apologie de crime contre l'humanité et la diffusion de la pédopornographie a très tôt préoccupé le législateur. Au point qu'il a créé une liste de contenu méritant une lutte renforcée³⁰. Cette liste est aujourd'hui en extension constante. Elle oblige à la mise en place de dispositifs de signalement³¹. Une fois un intermédiaire technique informé de la présence d'un tel contenu, son rôle est de le signaler aux autorités compétentes, éventuellement de le mettre hors ligne, mais certainement pas de l'effacer³².

Il existe heureusement des cas où un contenu est illicite sans entrer dans la catégorie des contenus odieux. C'est là que les intermédiaires techniques peuvent le mieux contribuer à réguler le réseau. La définition juridique de l'hébergeur est ici d'un précieux secours. En effet, 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. Le 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 stabilisée : ces acteurs sont des hébergeurs au sens de la Directive commerce électronique et de la LCEN³³. Il s'ensuit 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 connaissance de leur nature. Il n'y a aucune raison que les intermédiaires spécialisés dans l'hébergement de contenus pornographiques ne soient pas protégés par ce mécanisme³⁴. Toutefois, il est impossible de nier que s'orienter vers l'hébergement de contenus pornographiques est un choix spécifique et important. Or, l'appréciation du comportement de l'hébergeur doit se faire en fonction de son orientation³⁵. Cela devrait particulièrement se sentir lorsqu'un tel hébergeur doit apprécier si un contenu qui lui est notifié est manifestement illicite³⁶. Si tel est le cas, il doit le mettre hors ligne promptement (mécanisme du *notice and take down*). Un hébergeur spécialisé dans la pornographie devrait dans cette activité de contrôle être

²⁹ Art. 6-II al. 1 de la LCEN. *Adde* décret n° 2011-219 du 25 févr. 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne.

³⁰ Art. 6-I.7 al. 3. de la LCEN.

³¹ Art. 6-I.7 al. 4. de la LCEN.

³² Sous peine de se rendre coupable de destruction de preuve au sens de l'art. 434-4 du code pénal.

³³ V. l'arrêt Google de la CJUE (23 mars 2010, aff. C-236/08) suivi par les arrêts Dailymotion et Fuzz au niveau national (Civ. 1, 17 févr. 2011, n° 09-67.896, 09-13.202).

³⁴ Le critère est celui de la connaissance des contenus et non celui de l'orientation du service.

³⁵ C'est du moins l'opinion que nous avons défendue (A. Tourette, *Responsabilité civile et neutralité de l'internet. Essai de conciliation*, Thèse Univ. Nice Sophia Antipolis, 2015, spé. n° 347.)

³⁶ V. article 6 I.5 de la LCEN et la décision du Conseil constitutionnel (n° 2004-496 DC) du 10 juin 2004.

particulièrement attentif aux pratiques de *revenge porn* tout autant qu'à la préservation du droit d'auteur des producteurs.

Les FAI sont eux moins bien placés par les hébergeurs pour intervenir. Leur régulation s'opère à l'image d'un barrage sur une rivière : s'ils peuvent en bloquer le cours, ils ne pourront jamais en tarir la source qui se trouve chez un hébergeur. Leur régulation est aussi plus dangereuse pour les libertés individuelles, car les risques de sous blocage s'accompagnent de risques de sur blocage. Le droit n'a pourtant pas renoncé à imposer ce type de mesures aux FAI, elles sont simplement plus encadrées que pour les hébergeurs. Nulle possibilité de demander à un FAI de bloquer un contenu sur simple notification. Il faudra en passer par un juge ou par l'autorité administrative³⁷.

B. La charge de la protection de l'enfance face à la pornographie

La question de savoir à qui il appartient de protéger la jeunesse sur un réseau neutre peut légitimement se poser. Le principe de neutralité du net exige uniquement de ne pas imposer cette charge aux acteurs du réseau. Le champ des possibles reste vaste, mais la réponse la plus évidente est ici la bonne : c'est aux parents qu'il revient – avant tout autre – de protéger leur enfant des dangers de net. Qui laisserait un enfant jouer sans surveillance dans une ville ouverte ? Un réseau neutre est à l'image de nos villes modernes, il y existe des aires de jeu destinées aux enfants, mais aussi, et parfois pas si loin, des espaces dangereux et des personnes malintentionnées. Si le rôle des parents est inscrit dans le marbre de code civil³⁸, ils peuvent légitimement se sentir désarmés pour exercer leur mission dans l'environnement numérique. Nombreux sont les parents à mal cerner les risques auxquels leur enfant fait face sur le réseau. Ils sont encore plus nombreux à ne pas maîtriser les compétences techniques utiles.

Le malaise des parents est bien légitime. Ils ne peuvent exercer leur surveillance en permanence alors que les accès à l'internet sont devenus omniprésents. La technique peut ici les aider. Il existe des dispositifs de filtrage efficaces. Ces derniers permettent de censurer un accès à l'internet de manière efficace. Encore faut-il que les familles soient au courant de l'existence de ces solutions et sachent les mettre en place. Utilement, la loi fait obligation aux FAI à la fois de fournir une telle solution et d'informer leurs clients de leur existence³⁹. Accessoire indispensable d'une offre d'accès à l'internet neutre, cette obligation est l'une des plus anciennes mises à la charge des FAI⁴⁰. Au passage, on peut regretter qu'elle ne soit pas exécutée avec plus de vigueur...

La mise en place de ces solutions de censure ne porte pas atteinte à la neutralité pour la bonne et simple raison qu'elles n'altèrent pas le réseau. Le filtre parental est exécuté soit sur l'ordinateur de l'utilisateur soit sur le *smartphone* soit encore au niveau de la « box » internet. Dans tous les cas, le réseau internet reste exactement le même. Ce filtre agit comme un voile

³⁷ V. not. art. 6 I.8 et 6-1 de la LCEN.

³⁸ L'article 371-1 du Code civil indique qu'il appartient aux parents dotés de l'autorité parentale de protéger l'enfant « *dans sa sécurité, sa santé et sa moralité* ».

³⁹ L'obligation est présente dès le I, 1° de l'art. 6 de la LCEN.

⁴⁰ L'obligation était déjà inscrite dans la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications.

sur une partie de l'internet, rien de plus. La réduction de la liberté est ciblée, canalisée sur une ou des personnes méritant d'être particulièrement protégées. Il faut enfin souligner que les parents ne sont pas les seuls débiteurs potentiels de l'obligation de veiller à la sécurité de l'enfant face au numérique. En bonne logique, cette obligation doit peser sur toute personne ayant la charge d'un mineur à un moment T. Les hypothèses sont bien connues des responsabilistes⁴¹.

À notre sens, le thème de ce colloque a donc pour immense mérite d'avoir mis en exergue les enjeux qui irriguent l'ensemble du droit de l'internet. Vous l'aurez compris, la liberté en ce domaine n'est pas – et ne doit pas ! – être exclusive de la régulation.

⁴¹ V. l'état des lieux du professeur P. Jourdain, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », in *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses Univ. Bordeaux, 2003, p. 67-81. Pour une appréciation de ces hypothèses de responsabilité dans le contexte de l'internet, v. aussi nos développements : th. préc., n^{os} 554-557.