

Université Robert Schuman de Strasbourg
Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Master II Droits de l'Homme
Spécialité Protection des droits de l'homme en Europe

Année universitaire 2007-2008

Mémoire de recherche

**La construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice au sein
de l'Union européenne face à la cybercriminalité : le défi de la
lutte contre la pédopornographie sur l'Internet**

Soutenu par Pierre-Louis ROISNE

Sous la direction de Mme Florence BENOÎT-ROHMER

Université Robert Schuman de Strasbourg
Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion

Master II Droits de l'Homme
Spécialité Protection des droits de l'homme en Europe

Année universitaire 2007-2008

Mémoire de recherche

**La construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice au sein
de l'Union européenne face à la cybercriminalité : le défi de la
lutte contre la pédopornographie sur l'Internet**

Soutenu par Pierre-Louis ROISNE

Sous la direction de Mme Florence BENOÎT-ROHMER

*Je tiens à remercier Mme Benoît-Rohmer
qui a toujours su trouver le temps de me
conseiller malgré un emploi du temps
toujours surchargé...*

A Brigitte

Et à Maurice...

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE: L'ILLUSION DE L'HARMONISATION DES INCRIMINATIONS 14

CHAPITRE 1 : UNE TENTATIVE DE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS 15

Section 1 : L'adoption d'une définition commune de l'enfant, enjeu de sa protection..... 15

Section 2 : Le rapprochement limité des éléments constitutifs des infractions..... 23

CHAPITRE 2 : L'IMPOSSIBLE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS 30

Section 1 : Une notion d'enfant à la carte..... 30

Section 2. Des concepts majeurs aux mains des Etats..... 38

SECONDE PARTIE : L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE ECLECTIQUE 45

CHAPITRE 1 : UN JUGE NATIONAL EVOLUANT DANS UN SYSTEME JUDICIAIRE EUROPEEN 46

Section 1 : La délicate mise en œuvre d'un système européen de sanctions pénales 46

Section 2 : L'encadrement européen de l'effectivité de l'instance nationale 55

CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UNE AUTOREGULATION DE L'INTERNET 64

Section 1 : la collaboration particulière des acteurs du réseau..... 64

Section 2 : Des nouveaux défis à réaliser..... 72

LISTE DES ABREVIATIONS

<i>CIDE</i>	Convention Internationale des droits de l'enfant
<i>Ccass, Crim</i>	Cour de Cassation française, chambre criminelle
<i>Ccass Penale</i>	Cour de Cassation italienne, section pénale
<i>DCCR</i>	Droit de la consommation – Consumentenrecht
<i>ELSJ</i>	Espace de Liberté, Sécurité et Justice
<i>J.T.</i>	Journal des Tribunaux
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes
<i>RIDP</i>	Revue internationale de droit pénal
<i>RTDH</i>	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
<i>TCE</i>	Traité instituant la Communauté européenne
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne
<i>UE</i>	Union européenne

INTRODUCTION

*Toutes les grandes personnes ont d'abord été des enfants,
mais peu d'entre elles s'en souviennent.*
Antoine de Saint-Exupéry
Le Petit Prince

Faut-il censurer les écrits des grands auteurs grecs sur l'Internet ? Les *Banquets* de Platon et Xénophon ne devraient-ils pas subir les « remontrances électroniques » des fournisseurs d'accès à Internet et voir l'accès à leurs œuvres bloqué pour apologie de pédophilie et œuvres à caractère pédopornographique ? Dans plusieurs de ses textes, Platon évoque les relations entre hommes mûrs et adolescents, à l'image de la passion de Socrate et Agathon, et l'amour physique et intellectuel fait l'objet de longues discussions entre le maître et ses élèves. Il ne s'agit ici que de la narration des coutumes de la Grèce antique, selon lesquelles étaient encouragées les relations entre l'éraсте (l'amant adulte) et l'éromène (l'aimé mineur, un jeune à peine pubère) qui constituait pour celui-ci un rite de passage à l'âge viril. La relation avait surtout une connotation éducative qui avait pour objet de former l'adolescent à la vie sociale et politique de la cité. Mais vanter l'amour physique et intellectuel entre un mineur et un majeur, n'est-ce pas là relever de la qualification de pédophilie ? Ne faut-il donc pas en conclure que l'œuvre est à caractère pédopornographique et que, dès lors, toute reproduction de celle-ci sur le Réseau international constituerait une diffusion de pornographie enfantine qui devrait être sanctionnée¹ ?

¹ Dans la même idée, on pourrait tout aussi bien plaider pour la censure de « *Roméo et Juliette* » œuvre majestueuse de Shakespeare, mais qui évoque tout de même les amours contrariés d'une Juliette, certes follement éprise de Roméo, mais qui ne fera pas oublier le fait qu'elle n'ait que treize ans dans la version originale.

Phénomène odieux en pleine ampleur, la pornographie infantine devient aujourd'hui le nouveau fléau présent au sein du cyberspace. Par l'émergence des nouvelles technologies, ces images qui s'échangeaient autrefois « sous le manteau » s'exposent dorénavant aux yeux de tous. Témoignage le plus vif de cette abjecte apparition, une journée internationale de la pédophilie sur Internet a même été fixée au 25 avril². S'il est encore difficile de savoir si Internet contribue à une augmentation des actes pédophiles, il est par contre indéniable que cet outil facilite l'accès à des documents à caractère pédopornographique³. Ce sont des milliers d'images, de vidéos et autres supports qui s'échangent ou sont visionnés chaque jour sur la Toile. Les affaires impliquant des réseaux de pornographie infantine défrayent l'actualité de par le nombre des personnes arrêtées et la quantité d'images saisies. Ainsi l'opération « Avalanche » menée en 2001 avait pour objectif de faire cesser les activités de la société Landslide Productions (Fort Worth, Texas) qui diffusait sur plusieurs sites payants des images pédopornographiques. La saisie des coordonnées bancaires a permis d'identifier 250 000 clients de cette société, résidants dans 37 Etats américains et 60 pays différents⁴. Des individus ont été aussi condamnés pour des collections de plus de 40 000 images pédophiles...

Photographies ou films réalisés lors de spectacles pornographiques, réalisations informatiques d'images virtuelles représentant de telles atteintes ou maquillage de photographies, la pornographie infantine se décline sous différents supports. Il est extrêmement difficile de pouvoir chiffrer ce phénomène⁵. Des millions d'images sont présentes sur le Web, regroupées sur des sites Internet, échangées par le biais des systèmes peer-to-peer ou au cours de forums de discussions. Du fait de l'essence de l'Internet destiné à échanger le plus rapidement possible une quantité considérable d'informations, il est impossible d'estimer avec précision le volume du trafic pédopornographique. Le nombre recensé de matériaux à caractère pédophile permet de mieux appréhender le phénomène : ainsi l'association Inhope⁶ recense, en moyenne, plus de 9600 images par mois relatif à de la pornographie infantine⁷. Il est beaucoup plus facile d'estimer les gains que produit ce trafic : selon les estimations de l'UNICEF, ce marché générerait un chiffre d'affaires annuel d'environ 20 milliards de dollars. Toutefois, il faut avoir à l'esprit que la plupart des images sont échangées à titre gratuit, la recherche de profit n'étant pas une priorité pour les pédophiles internautes.

La réalisation de ces matériaux cause bien évidemment des traumatismes considérables pour l'enfant, non seulement du fait l'atteinte sexuelle subie (il s'agit à la fois de supports visuels réalisés au cours de spectacles pornographiques organisés mais aussi d'images prises lors de viols d'enfants), mais aussi par le fait que son image circulera *ad vitam eternam* sur le réseau sans qu'il puisse être possible de l'extraire de la Toile internationale⁸. Par ailleurs, la détention de tels matériaux semble constituer un facteur d'incitation : la moitié des personnes arrêtées pour violences sexuelles envers des mineurs avaient en leur possession des images à caractère pédopornographique⁹. Aujourd'hui, les

² Information révélée par le Journal Le Temps, Genève, 2000.

³ Point 5 du considérant de la décision-cadre 2004/68/JAI du 22 décembre 2003,

⁴ Sur d'autres affaires, V. Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Criminalité organisée en Europe : la menace de la cybercriminalité Rapport de situation 2004*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, pp.141-143 ; Le Forum des Droits sur l'Internet *Recommandation Les Enfants du Net II Pédopornographie et Pédophilie sur l'Internet*, 2005, p.8 disponible sur le site web de l'organisation <http://www.foruminternet.org/>.

⁵ Les divergences entre les différents rapports consultés sur le phénomène de la pornographie infantine sur le w démontrent bien la difficulté des organisations comme des Etats à pouvoir chiffrer ce phénomène.

⁶ Association créée en 1999 regroupant des fournisseurs d'accès Internet en vue de sanctionner les images à caractère pédopornographique circulant sur le Réseau www.inhope.org

⁷ Rapport d'activité de l'organisation Inhope 2007 *Global Internet Trend Report*, septembre 2004-décembre 2006, disponible sur le site de l'organisation.

⁸ Logan M.JONES, "Regulating child pornography on the Internet – the implications of Article 34 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », in *International Journal of Children's Rights*, 1998, vol.6, p.70.

⁹ Logan M.JONES, "Regulating child pornography on the Internet – the implications of Article 34 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *op.cit.*, p.70

organisations insistent sur le fait que les images sont de plus en plus violentes et représentent des enfants de plus en plus en jeunes.

Hébergés traditionnellement aux Etats-Unis¹⁰, les enquêtes démontrent que la localisation des sites Web à caractère pédopornographique se tourne aujourd'hui vers les pays de l'Europe de l'Est. La production de ces matériels est d'ailleurs bien ancrée au sein de l'Union européenne : capitale européenne de la production de matériels obscènes, Budapest est devenue une plate-forme pour certains réseaux liés au trafic et à la traite des enfants¹¹.

Le réseau Internet permet un échange d'informations considérable entre Internauts et un accès à de nombreux documents. Une communication peut aujourd'hui se faire en temps réel entre des personnes résidant dans différents pays. Revers de la médaille de ce nouvel outil de communications et de connaissances, il offre aussi les mêmes avantages à la criminalité organisée et à l'échange d'images illicites. Conjugué à l'anonymat que permet le réseau, les enquêtes en vue de poursuivre les auteurs d'infractions d'exploitation sexuelle ou détenteurs de pornographie enfantine deviennent extrêmement délicates. Ce monde virtuel qui transcende les frontières physiques et les milliards que ce marché procure constituent un encouragement pour les groupes relevant de la criminalité organisée et favorisent l'apparition de réseaux pédophiles. Les droits pénaux traditionnels peinent à s'adapter aux nouveaux défis technologiques : l'application de la loi pénale est traditionnellement limitée aux frontières de l'Etat, et s'applique à des infractions commises à l'encontre de valeurs réelles. Mais lors des enquêtes sur les cybercrimes, les frontières nationales se transforment en de réels obstacles à l'application de la loi et les autorités judiciaires nationales deviennent alors considérablement dépendantes de la coopération avec leurs homologues. Mais les différents systèmes légaux et les disparités légales bloquent l'assistance mutuelle, et les poursuites à l'encontre de « cyberpédophiles » se brisent sur l'écueil de la coopération internationale. Ainsi, il suffit d'une seule législation nationale inadéquate pour bloquer les poursuites, et les cybercriminels jouissent de ces lacunes nationales en faisant transiter leurs communications par plusieurs pays avant d'atteindre leur cible. Ces obstacles inhérents au monde virtuel permettront aussi à ceux-ci de trouver l'impunité au sein de paradis informationnels. La cybercriminalité, qui comprend la pédopornographie, devient aujourd'hui l'ennemi public n°1 des organisations internationales policières et priorités des gouvernements. Mais comment est-il possible de faire face à cette menace lorsque au sein de ce cyberspace des milliers d'informations s'échangent à la seconde, lorsque le transfert d'un site web vers un hébergeur lui conférant une impunité pénale ne dépend que d'un clic de souris ? Seules une coopération internationale effective et une criminalisation commune permettent de lutter contre la criminalité du réseau et d'assurer une répression efficace des comportements portant atteinte aux enfants réalisés grâce aux nouvelles technologies.

Toutefois, si la lutte contre la pornographie enfantine trouve déjà des échos au sein de nombreux textes internationaux, peu d'entre eux pointent Internet comme vecteur de cette traite des enfants. Ainsi, la Convention internationale des droits de l'enfant¹² condamne toute exploitation sexuelle des enfants notamment en vue de la production à des spectacles pornographiques¹³, mais ne

¹⁰ 55% des sites à caractère pédopornographique seraient hébergés aux Etats-Unis et environ un tiers se trouverait en Russie selon le rapport du Forum des Droits sur l'Internet *Recommandation Les Enfants du Net II Pédopornographie et Pédophilie sur l'Internet, op.cit.*, p.12

¹¹ Ainsi, lors de certains événements sportifs tels les jeux olympiques d'Athènes ou la coupe du monde de football en Allemagne en 2006, on a pu assister à un trafic d'enfants vers la frontière de ces Etats.

¹² Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 par la résolution A/RES/44/25 de l'assemblée générale des Nations Unies, entrée en vigueur le 26 mars 1997. Elle a été ratifiée par 192 Etats, seuls ont refusé de l'adopter la Somalie et les Etats-Unis.

¹³ L'article 34 dispose que « les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

a) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;

b) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales

fait pas référence aux nouvelles technologies. L'interdiction de la pédopornographie sera reprise dans d'autres instruments traitant de la traite et des pires formes de travail comme la convention de l'Organisation internationale du Travail concernant l'interdiction des pires formes du travail des enfants¹⁴, mais la lutte contre sa dispersion au sein du réseau n'y trouve aucun écho. Adopté au tournant du millénaire, le protocole à la CIDE¹⁵ relatif à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants est le premier instrument contraignant à s'inquiéter de l'impact du Web sur ces phénomènes¹⁶. Apportant des avancées dans la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants en adoptant des définitions et des normes précises¹⁷, l'acte des Nations-Unies n'édicte cependant aucune mesure spécifique face à la menace électronique.

Toutefois, à la suite du congrès de Stockholm¹⁸, d'autres sommets internationaux vont mettre en exergue ce phénomène, en particulier la Conférence internationale sur la lutte contre la pornographie impliquant des enfants sur l'Internet (Vienne, 1999). Ces congrès vont poser les bases d'une action mondiale contre l'exploitation sexuelle, par l'adoption de déclarations et de plans d'action. Cette aide va être consacrée par le sommet de Budapest¹⁹ organisé par le Conseil de l'Europe. Deux conférences se tiennent dans la capitale de la Hongrie qui vont permettre d'adopter des moyens conséquents face à l'exploitation sexuelle des enfants. La première conférence vise à endiguer les phénomènes de tourisme sexuel et de pédopornographie en pleine expansion sur le continent européen²⁰. La seconde conférence de Budapest va aboutir à l'adoption de la première convention internationale sur la cybercriminalité²¹. Celle-ci constitue l'aboutissement d'un processus long et difficile qui fait suite à l'adoption de nombreuses recommandations au sein de l'institution de Strasbourg²². Signée le 22 novembre, elle est aujourd'hui ratifiée par 23 Etats dont les Etats-Unis, ce qui a permis son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

c) *Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.* »

¹⁴ Convention de l'OIT n°182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes du travail des enfants : elle impose notamment l'obligation pour les Etats d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes d'action afin d'empêcher que l'on puisse recruter, se procurer et offrir des enfants aux fins de prostitution, de production de pornographie et de représentations pornographiques (article 3 et s.).

¹⁵ Protocole à la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté le 26 juin 2000 par la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies A/RES/54/263, entré en vigueur le 18 janvier 2002.

¹⁶ V. le 6^{ème} considérant du protocole : « *Préoccupés* par l'offre croissante de matériels pornographiques mettant en scène des enfants sur l'Internet et autres nouveaux supports technologiques, et rappelant que, dans ses conclusions, la Conférence internationale sur la lutte contre la pornographie impliquant des enfants sur l'Internet (Vienne, 1999) a notamment demandé la criminalisation dans le monde entier de la production, la distribution, l'exportation, l'importation, la transmission, la possession intentionnelle et la publicité de matériels pornographiques impliquant des enfants, et soulignant l'importance d'une coopération et d'un partenariat plus étroits entre les pouvoirs publics et les professionnels de l'Internet. »

¹⁷ Article 3§1 c)

¹⁸ Congrès de Stockholm, 27-31 août 1996

¹⁹ Sommet de Budapest du Conseil de l'Europe 20-21 novembre 2001

²⁰ Adoption d'une déclaration et d'un programme d'action par lesquels les Etats s'engagent à adopter et promouvoir une attitude de tolérance zéro vis à vis de toutes les formes des cas de violence et d'exploitation d'enfants, notamment en érigeant en infractions toutes les formes d'exploitation sexuelle des enfants de moins de 18 ans et en renforçant la coopération entre les réseaux des instances chargées de l'application de la loi aussi bien au niveau national qu'international, par la promotion en vue de l'adoption d'un mandat d'arrêt international, au niveau régional, pour pouvoir appréhender les personnes impliquées dans les trafics d'enfants. Cette conférence européenne a préparé le Congrès international de Yokohama 17-20 décembre 2001 qui a élargi la protection des mineurs à la question des violences sexuelles (inceste, viol au sein de la famille, mariage précoce ou les mutilations génitales).

²¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, du 23 novembre 2001, STE 185

²² V. par exemple les recommandations du Comité des ministres sur la cybercriminalité : Recommandation R (89) 9 du 13 septembre 1989 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur, Recommandation R (95) 13 du 11 septembre 1995 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information en vue de rapprocher les conceptions nationales touchant certaines formes d'emploi abusif de l'ordinateur .

Ce premier instrument international répond aux trois objectifs qui avaient été assignés au groupe d'expert chargé de la rédaction du projet de convention : l'harmonisation du droit pénal matériel, la définition des moyens d'enquête et de poursuite pénale adaptés à la mondialisation des réseaux informatiques et la mise en place d'un système de coopération internationale rapide et efficace²³. La cybercriminalité regroupe principalement deux catégories de crimes et délits : d'une part, les infractions de droit commun commises à l'aide de, ou exclusivement sur, les réseaux numériques, à l'instar de la diffusion de contenus illicites. D'autre part, relèvent de la loi pénale les atteintes spécifiques aux systèmes d'informations et aux données personnelles. La convention établit quatre catégories d'infractions : les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et des systèmes informatiques, les infractions informatiques (comme la falsification ou la fraude informatique), les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes et surtout les infractions se rapportant au contenu. Cette catégorie ne regroupe qu'une seule infraction au sein du traité²⁴ : l'incrimination de la pornographie infantile²⁵. Pour la première fois, un texte international sanctionne l'exploitation sexuelle des enfants par le biais des nouvelles technologies. Tout stade allant de la production à la détention de matériel pédopornographique par le biais de systèmes informatiques est sanctionné, ce matériel pédopornographique s'entendant comme toute représentation d'un mineur réel, apparent ou fictif se livrant à des comportements sexuellement explicites (l'Etat peut toutefois choisir de ne pas sanctionner certains cas de représentations). La convention adopte enfin une incrimination internationale de la représentation d'une atteinte sexuelle commise sur un mineur et diffusée sur Internet. Elle témoigne de l'engagement du Conseil de l'Europe à lutter contre les comportements contraires à la dignité des enfants²⁶.

L'Union européenne s'est elle aussi engagée dans la protection des droits des enfants et la lutte contre la traite des êtres humains. La lutte contre les crimes visant les enfants constitue même l'une des priorités de l'Union européenne pour la réalisation d'un Espace de liberté, sécurité et de justice (titre VI du traité sur l'Union européenne). Selon l'article 29, la concrétisation de cet espace « *est atteinte par la prévention de la criminalité, organisée ou autre, et la lutte contre ce phénomène, notamment le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre des enfants* ». Depuis l'adoption du traité d'Amsterdam, l'Union européenne s'est engagée dans la construction d'un espace judiciaire commun. Selon l'article 2 du TUE, « *l'Union se donne pour objectif [...] de maintenir et de développer l'Union en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène* ». La réalisation de cet espace judiciaire se concrétisait par l'adoption d'actions communes avant l'adoption du traité d'Amsterdam. Ce dernier a apporté comme innovation une nouvelle catégorie d'instruments européens : les décisions-cadres. Sans effet direct²⁷, elles lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux autorités nationales la liberté quant à la forme et aux moyens.

Les Conseils européens de Tampere (1999) puis de la Haye (2004) sur le droit pénal au sein de l'Union européenne ont rappelé la volonté de développer et renforcer l'espace de liberté, sécurité et justice, en particulier en matière de lutte contre la traite des êtres humains. L'action de l'Union européenne contre ce fléau s'est tout d'abord construite en 1996 en se dotant d'un volet opérationnel

²³ Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, disponible sur le site de l'organisation www.coe.int, §16.

²⁴ Il a été impossible d'y introduire des infractions relatives à des actes racistes et xénophobes du fait de l'opposition des Etats-Unis. Ces infractions font donc l'objet d'un protocole additionnel à la convention adopté le 30 janvier 2003.

²⁵ Article 9 de la Convention sur la cybercriminalité.

²⁶ Cet engagement se retrouve aussi dans l'adoption récente de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007, STE 201

²⁷ V. cependant l'arrêt *Pupino* de la CJCE en grande chambre du 16 juin 2005 (affaire C-105/03) à propos de l'interprétation du droit national en fonction d'une décision-cadre pas encore transposée (décision-cadre 2001/220/JAI sur le statut des victimes dans le cadre de procédures pénales) Rec. 2005, p. I-05285

en vue de lutter contre cette criminalité. Par l'action commune 96/748/JAI du 16 décembre 1996²⁸ les institutions de Bruxelles ont élargi le mandat d'Europol à la lutte contre la traite des êtres humains²⁹, lui donnant par la suite une définition assez large de façon à ce que l'organisation soit compétente pour travailler sur les violences sexuelles à l'égard des enfants, le tourisme sexuel et la pédopornographie³⁰. Ce volet opérationnel a été ensuite renforcé par l'adoption des programmes STOP³¹ et Daphné³² afin de sensibiliser au phénomène de la traite et de mettre en œuvre des actions préventives et d'aide aux victimes au sein de l'Union européenne. Ces actions ont été poursuivies par l'adoption de la décision 2000/375 JAI du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet³³ : elle requière des Etats de mettre en œuvre des mesures de façon à ce que les utilisateurs du réseau puissent signaler les contenus illicites aux autorités judiciaires.

La première tentative pour procéder à un rapprochement des législations pénales sur la traite des êtres humains a été réalisée par l'Action commune du 24 février 1997. Toutefois, l'instrument souffrait de nombreuses limites qui ne permettaient pas de pouvoir parvenir à une harmonisation effective des législations pour la lutte contre la pornographie infantine³⁴. L'Union européenne a alors adopté deux décisions-cadres, l'une relative à la traite des êtres humains et l'autre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie. Ces instruments ont vocation à mettre fin à des violations graves des droits de l'homme et de l'enfant sur le territoire européen par le rapprochement des incriminations et l'adoption de sanctions communes.

Le 14 octobre 2002, la proposition de la Commission sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie³⁵ obtient enfin l'accord politique des ministres de la justice de l'Union européenne³⁶. Le nouvel instrument européen en vue de renforcer l'espace de sécurité, liberté et justice « *tend à réduire les disparités entre les approches juridiques des Etats membres et à contribuer au développement d'une coopération judiciaire et policière efficace contre l'exploitation sexuelle des enfants et pédopornographie* »³⁷ en « *instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs de ces actes criminels* »³⁸. Il était nécessaire de définir ces infractions du fait du nouveau mandat d'arrêt européen qui, pour certains comportements, permet l'extradition des individus sans que puisse y être opposée la clause de double incrimination dans les droits nationaux. Or, la pédopornographie et l'exploitation sexuelle des enfants relèvent du champ d'application de cet

²⁸ Action commune 96/748/JAI du 16 décembre 1996 élargissant le mandat de l'Unité « drogues » Europol à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 342 du 31 décembre 1996, p.4

²⁹ L'organisation, dit Unité « Drogues » Europol, n'avait pour vocation initiale que la lutte contre le trafic de stupéfiants au sein des Communautés.

³⁰ Article 1^{er} de la décision du 3 décembre 1998 visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite «traite des êtres humains» figurant à l'annexe de la convention Europol, JO C n° 26 du 30 janvier 1999, p.21

³¹ Action commune 96/700/JAI du 22 novembre 1996 établissant un programme d'encouragement et d'échanges destiné aux personnes responsables de l'action contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO L n°322 du 12 décembre 1996, p.7. Ce programme sera remplacé à échéance par la décision 2002/630/JAI du 22 juillet 2002 établissant un programme cadre concernant la coopération judiciaire et policière en matière pénale JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.5

³² Décision 293/2000/CE du 24 janvier 2000 adoptant un programme d'action communautaire à moyen terme (2000-2003) relatif à des mesures préventives pour lutter contre la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes, JO L n° 34 du 9 février 2000, p.1.

³³ Décision 2000/375 JAI du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet JO L 138 du 9 juin 2000, p.1.

³⁴ Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO L 63 du 4 mars 1997, p.2. Sur cet instrument, v. Anne WEYEMBERGH « L'Union européenne et la lutte contre la traite des êtres humains » in *Cahiers de droit européen*, 2000, p.215

³⁵ Proposition de la décision-cadre sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, COM (2000) 854 final 2, JO, N°C 062 E du 27 février 2001, p.0327

³⁶ Le texte sur lequel le Conseil JAI est arrivé à un accord est le Document 12418/02 du 7 octobre 2002, DROIPEN 68 MIGR 92

³⁷ 2^{ème} considérant de la décision-cadre 2004/68/JAI du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JO L 13 du 20 janvier 2004, p. 44

³⁸ 3^{ème} considérant de la décision-cadre 2004/68/JAI, *op.cit.*, p.44

instrument qui révolutionne le droit de l'extradition. De façon à ne pas nuire à son effectivité, il était donc impératif de définir ces incriminations.

Mais cette décision-cadre apporte-t-elle un réel atout à la lutte contre la pédopornographie sur Internet ? Cet instrument s'inscrit dans le cadre de la construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice qui a été développé pour répondre à la criminalité transnationale. Or, cet espace fait l'objet de plusieurs critiques. En effet, la construction de l'espace pénal européen relève principalement du troisième pilier de l'Union européenne qui repose sur une logique de coopération interétatique. Celle-ci ne permet qu'une intégration délicate, qui offre aux Etats la possibilité de protéger leurs intérêts. Finalement, cet espace de liberté ne serait-il qu'une liste de condamnations, plus morales qu'effectives, de certains comportements contraires aux valeurs européennes ? Les avis des auteurs divergent, certains relevant les avancées réalisées, d'autres pointant du doigt les nombreuses dispositions permettant aux Etats de préserver intact leur droit pénal³⁹.

Au vu de ces nombreuses difficultés et critiques, l'ELSJ peut-il vraiment apporter des solutions face à un phénomène aussi complexe que la cybercriminalité qui requière une coopération aigüe entre les Etats ? Quelles sont les capacités pénales mises en œuvre par les institutions de Bruxelles pour réprimer les violations massives des droits des enfants, quand ces violations sont à la fois virtuelles et transfrontalières ? Le succès de la construction de l'ELSJ se mesurera à l'aune de sa capacité à mettre fin à de telles infractions complexes. Quelle efficacité revêtent donc les instruments de l'Espace de liberté, sécurité et justice en vue de réprimer la pornographie enfantine diffusée sur le réseau ?

Pour construire l'Espace de liberté, sécurité et justice, et répondre à la lutte de la pédopornographie enfantine, le Conseil JAI a recours à nos yeux à deux méthodes. D'une part il procède à l'harmonisation des incriminations relatives à la pédopornographie sur Internet : il n'existe pas d'instrument spécifique relatif à la diffusion de tels matériaux sur le Réseau. Il convient donc d'étudier l'efficacité du rapprochement des législations opérées par l'instrument de l'ELSJ relatif à la lutte contre la pédopornographie, appliqué au cyberspace. De cette étude, il résulte surtout l'impression que le Conseil JAI a plutôt recherché une illusion d'harmonisation, synonyme d'inefficacité quant à l'objectif poursuivi (première partie). D'autre part, développé non seulement par la décision-cadre 2004/68/JAI, mais aussi par d'autres instruments de l'espace pénal européen, on assiste à la mise en place d'un contrôle éclectique, renforçant à la fois les pouvoirs des juges nationaux mais aussi mettant en place d'autres systèmes de régulation d'Internet. Ce contrôle renforcé et varié permet quant à lui de répondre aux défis que posent le cyberspace (deuxième partie).

³⁹ Pour un bref aperçu de ces critiques, lire Peter CSONKA « les perspectives futures du droit pénal de l'Union européenne », in *RIDP*, 2007, vol 77, 1-2, p 223 et s

PREMIERE PARTIE: L'ILLUSION DE L'HARMONISATION DES INCRIMINATIONS

Pour lutter contre des aspects particuliers de la criminalité transfrontalière susceptibles de toucher plusieurs Etats membres, l'Union procède à une harmonisation des incriminations développées par les législations nationales. Ce rapprochement des droits pénaux substantiels a vocation à permettre une répression commune, de façon à ce que l'auteur d'une telle infraction ne puisse bénéficier d'une impunité sur le territoire d'un Etat membre. Le point 48 des conclusions adoptées lors du Conseil de Tampere (1999) insiste particulièrement sur ce point. Ainsi, à l'instar de la décision-cadre relative à la lutte contre le terrorisme⁴⁰ ou de l'instrument venant condamner la traite des êtres humains⁴¹, le Conseil JAI procède à l'harmonisation des législations des Etats membres relatives à ces infractions. Au vu de certaines avancées acceptées par les Etats, notamment sur la définition de l'enfant, on pourrait en conclure à une véritable volonté de rapprocher les législations nationales (chapitre 1). Toutefois, il ne s'agit pas d'un instrument spécifique à la lutte d'un tel phénomène au sein du cyberspace, et cette imperfection, associée aux obstacles développés par les Etats, conduit à une impossible réalisation de l'objectif de rapprochement des droits pénaux matériels avancé par les instruments de l'Espace de liberté, sécurité et justice (chapitre 2)

⁴⁰ Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme JO L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

⁴¹ Décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.1.

CHAPITRE 1 : UNE TENTATIVE DE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS

La lutte contre la pornographie infantile au sein du réseau Internet nécessite tout d'abord des efforts des Etats en vue d'adopter des définitions précises qui permettront donc de poursuivre d'une manière commune des actes sur l'ensemble du territoire européen. C'est tout l'enjeu de la construction substantielle de l'Espace de liberté, sécurité et justice : il faut limiter les divergences existantes entre les législations nationales pour parvenir à une pénalisation commune de certains comportements. Ainsi, la qualification de pornographie infantile est à géométrie variable selon les Etats, et lorsqu'il n'existe pas de réelles difficultés quant à la qualification de « matériel pédopornographique », c'est la définition de l'enfant qui peut alors poser des difficultés.

La lutte contre cet aspect de la cybercriminalité va alors se traduire par une avancée considérable dans le droit de l'Union européenne : enfin un acte contraignant adopte une définition commune de l'enfant (section 1). Cette avancée se poursuit par l'incrimination d'infractions communes : si à certains égards elles paraissent limitées, on ne peut nier l'effort réalisé en vue de parvenir à une harmonisation des législations (section 2)

Section 1 : L'adoption d'une définition commune de l'enfant, enjeu de sa protection

La définition de l'enfant au sein du Conseil de Justice et des Affaires Intérieures fut la source de nombreux désaccords entre les Etats lors de l'élaboration de la décision-cadre 2004/68/JAI : fallait-il limiter la protection à l'enfant *en tant que personne physique* ou fallait-il faire preuve de plus d'initiative et étendre le bénéfice de la protection de la décision-cadre à *l'image de l'enfant* ? Ces débats sur l'étendue de la protection à accorder à l'enfant se sont produits après qu'enfin une définition de l'enfant ait été posée par le Conseil. Condition Impérative d'une répression des comportements pédopornographiques, l'Union se dote enfin d'une définition de l'enfant conforme au droit international (I). Mais les Etats ont choisi d'adopter une politique de répression forte en sanctionnant aussi les comportements qui portent atteinte à l'image même de l'enfant (II).

I. L'adoption tardive d'une définition de l'enfant

A l'image de la construction de l'Espace de liberté, sécurité et de justice, l'adoption d'une définition de l'enfant fut extrêmement difficile, comme si la Commission, « mère » des propositions des instruments du troisième pilier, se refusait à accoucher d'une telle reconnaissance. La « gestation » de l'adoption d'une définition de « l'enfant » fut donc très longue de la part des institutions de l'Union européenne qui se sont longtemps refusé à la reconnaître dans un acte contraignant (A). Pourtant, au vu des instruments de Bruxelles qui avaient des répercussions sur les enfants, cette définition était nécessaire. Toutefois, même si elle a été adoptée, elle souffre tout de même de certaines lacunes (B).

A. La notion d'enfant, une gestation difficile avant sa naissance

Dans son avis du 18 novembre 1999 sur la coopération régionale et locale pour protéger les enfants et les adolescents contre les mauvais traitements et la négligence dans l'Union européenne⁴², le Comité des régions avait tiré comme conclusion que « *les enfants d'Europe n'étaient pas mentionnés dans les traités européens, ni entendus par les institutions européennes ; comme si les 120 millions d'enfants et d'adolescents que compte l'Union européenne étaient invisibles et ignorés* »⁴³. Et le Comité des Régions de souligner, avant de conclure, que face notamment à la délinquance sexuelle, « *l'UE devrait analyser la législation existante, définir son intérêt pour les enfants et recommander des mesures à chaque pays afin d'œuvrer en faveur d'un cadre législatif paneuropéen pour la protection des enfants* »⁴⁴. Toutefois il nous semble qu'avant même d'élaborer une politique commune en matière de protection des droits de l'enfant, il était impératif de définir la notion d' « enfant ». En effet, symbole de cette indifférence, l'enfant n'avait pas fait l'objet d'une définition de la part des institutions européennes, quand bien même certains instruments influençaient leur situation juridique.

Peu à peu, les institutions européennes avaient commencé à élaborer certaines décisions en inscrivant au cœur du visa des différents instruments la notion de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Présente à l'article II-84 de la Charte des droits fondamentaux, les institutions de Bruxelles commençaient à y faire référence au sein de leur décision. Ainsi, adopté le 27 novembre 2003, le règlement « Bruxelles II bis » relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale⁴⁵ requiert de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant pour la détermination de la juridiction compétente en cas de litige entre les parents⁴⁶. Attachement inédit de la part de la Communauté européenne à cet intérêt de l'enfant⁴⁷, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile de prendre en compte ce dernier lorsqu'il n'existe aucune définition de l'enfant au sein d'un acte de l'Union européenne.

Or sans définition, de nombreuses incertitudes pouvaient résulter des instruments antérieurs qui, certes, faisaient référence à l'enfant, mais sans jamais définir celui-ci alors qu'il était l'objet même de l'acte. On prendra pour exemple, pour rester dans le domaine de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants, l'action commune 97/154/JAI, du 24 février 1997⁴⁸ par laquelle le Conseil de l'Union européenne édicte toute une série d'objectifs en vue de limiter les abus sexuels perpétrés sur

⁴² Avis du 18 novembre 1999 du Comité des régions sur « La coopération régionale et locale pour protéger les enfants et les adolescents contre les mauvais traitements et la négligence dans l'Union européenne » JO C 57 du 29 février 2000, p.46.

⁴³ Point 2.2.1 de l'avis du 18 novembre 2000.

⁴⁴ Point 3.8.1 du même avis.

⁴⁵ Règlement (CE) n° 2201/2003 « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338 du 23 décembre 2003, p.1.

⁴⁶ Considérant 12 du règlement. Il s'agit plus particulièrement des cas de séparation des personnes exerçant la responsabilité parentale habitant dans des pays différents.

⁴⁷ Cyril NOURRISSAT « Droit civil de l'Union européenne » in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1325.

⁴⁸ Action commune 97/154/JAI, du 24 février 1997, relative à la lutte contre la traite d'êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants. Journal officiel L 63 du 4 mars 1997, p. 2.

des mineurs, sans pour autant définir le sujet de l'acte. Comment dès lors peut-on avoir comme objectif de protéger une catégorie de personne lorsque celle-ci n'est même pas déterminée ? De même, de quelle harmonisation européenne peut-on s'ériger en défenseur s'il n'existe de définition commune des sujets de cette croisade ?

Certes, le Conseil, dans l'ensemble de ses décisions, faisait référence aux nombreuses résolutions du Parlement européen. Celui-ci, au gré de ses recommandations sur la protection des enfants et/ou des mineurs, avait très vite dégagé une définition de ceux-ci⁴⁹. Toutefois, le Conseil n'avait jamais imposé cette définition, quand bien même il se référerait aussi, en prélude de ses décisions, aux différentes conventions internationales relatives aux droits des enfants⁵⁰ qui pour la plupart définissent l'enfant comme la personne de moins de dix-huit ans. On peut y voir l'intention du Conseil de laisser au libre-arbitre des Etats le choix des sujets de droit auxquels s'appliqueront les instruments. Ainsi, le règlement « Bruxelles II bis », dans son troisième considérant, mentionne la Convention de la Haye de 1996 sur la responsabilité parentale comme principale source d'inspiration, mais ne reprend la définition des enfants exposée au sein de l'instrument international. Selon le professeur JAULT⁵¹, « *on doit sans doute voir dans le silence du règlement la volonté de se démarquer du texte conventionnel [la Convention de la Haye], non pas en retenant une autre interprétation de la minorité, mais en cherchant la réponse dans les droits internes.* »⁵²

Par ailleurs, de cette référence à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, convention ratifiée par l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne, on aurait pu déduire que l'ensemble des mesures relatives aux enfants s'appliquait aux personnes de moins de dix-huit ans, mais cela ne permettait pas d'aplanir les montagnes qui s'élevaient face à la répression européenne de certaines infractions. En effet, les législations pénales des Etats membres diffèrent quant à l'âge utilisé pour réprimer la pornographie. L'association Inhope⁵³ fait état des divergences au sein des législations pénales des Etats membres : si la plupart des Etats faisaient coïncider l'âge de 18 ans à celui de la répression de la pornographie infantile (France, Belgique, Espagne, Pays-Bas...), d'autres tels l'Autriche et l'Allemagne ne poursuivaient plus les auteurs de telles infractions pour des représentations de nature sexuelle d'enfants de quatorze ans. Comment était-il possible d'assurer une répression effective de la pornographie lorsque les auteurs de ces documents pouvaient légalement s'abriter derrière la législation d'un Etat voisin ? Alors qu'Internet se moque des frontières physiques, il était impératif d'harmoniser la notion d'enfant au niveau de l'Europe.

A ce qu'il nous semble, un seul instrument de l'Union européenne définissait une notion proche de l'enfant. Ainsi, la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial considérait qu'un mineur était une personne âgée de moins de 18 ans⁵⁴. Certes, les notions d'enfance et de minorité sont rarement dissociées, mais on pourrait envisager des interprétations autonomes. A cette exception près, il ne semble pas que l'Union ait pu aborder, dans l'un de ses instruments contraignants, une définition de l'enfant jusqu'à l'article 1^{er} de la décision-cadre 2004/68/JAI. Celui-ci adopte enfin une définition, même si celle-ci souffre encore de quelques limites.

⁴⁹ V. pour exemple la résolution du Parlement du 12 décembre 1996 sur les mesures de protection des enfants mineurs dans l'Union européenne, publiée au JO C 20 du 20 janvier 1997, p.170 qui, en son point B, considère que « *au sens de la présente résolution, et sauf indication contraire, on entend par « enfant » et « mineur » toute personne âgée de moins de 18 ans.* »

⁵⁰ V. ainsi l'article 1^{er}§1 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée le 25 janvier 1996, STE n°160

⁵¹ Fabienne JAULT « la notion de responsabilité parentale », *in Droit et patrimoine*, 2005, n°138, p.58.

⁵² Fabienne JAULT, *op.cit.*, p. 61

⁵³ Résultats rapportés par Etienne WERY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, L.G.D.J./Larcier, Bruxelles, 2004, p.79

⁵⁴ Article 2 de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3 octobre 2003, p.12.

B. La définition de l'enfant, une longue crise d'adolescence avant la maturité

Après avoir suivi l'exemple de l'Union européenne en ne donnant pas de définition de l'enfant dans ce premier paragraphe, il est temps d'éclaircir l'une des avancées fondamentales de la décision-cadre en vue d'harmoniser les législations pénales des Etats membres de l'Union européenne. Est dorénavant considérée comme « *enfant* » : *toute personne âgée de moins de dix-huit ans* ». Le premier article de la décision-cadre impose enfin cette définition commune de l'enfant. Sérieuse innovation, cette disposition adopte une définition conforme à la Convention internationale des droits de l'enfant⁵⁵ qui, en son article premier, dispose que, « *au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable* ». La décision-cadre sera ainsi applicable à tout être humain âgé de moins de 18 ans et sonne par-là même le glas des nombreuses divergences qui coexistaient au sein des législations des Etats membres.

Il est à noter que la définition de la décision-cadre est plus large que celle de la Convention sur la Cybercriminalité⁵⁶ : en effet celle-ci prévoit que le terme « *mineur* » s'applique aux enfants de 18 ans mais qu'un Etat partie pourra cependant fixer une limite d'âge inférieure, qui devra être au minimum de 16 ans⁵⁷. Certes, la décision-cadre prévoit elle aussi des cas d'exclusion de responsabilité pénale en se référant notamment à la majorité sexuelle⁵⁸, mais ces exceptions sont limitées et en aucun cas elles ne permettent une exclusion générale de la responsabilité pénale des auteurs de l'infraction. De ce point de vue, la décision-cadre va donc plus loin que la Convention sur la cybercriminalité.

Le Conseil JAI a choisi de considérer comme relevant de la pornographie infantile toute représentation de personnes n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans et se livrant à un comportement sexuellement explicite. Comme l'énonce la Commission dans son exposé des motifs, « *même lorsque des enfants de moins de dix-huit ans ont atteint une maturité suffisante pour pouvoir prendre sciemment la décision de se livrer à des activités sexuelles, il ne doit pas y avoir de représentation de ces activités* »⁵⁹. La Commission fait ici la distinction entre deux majorités sexuelles : celle à partir de laquelle un enfant serait suffisamment mature pour se livrer à des activités sexuelles et celle à partir de laquelle il pourrait y avoir une représentation de celles-ci. Par ailleurs, on considère qu'un mineur sera plus attentif si l'acte qu'il pose implique une consommation sexuelle physique au lieu, « *seulement* », d'une pose dans des attitudes sexuelles pour un photographe ou un cinéaste. Enfin, la diffusion de pornographie impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans –même majeures– banaliserait des penchants sexuels déviants ou fournirait des prétextes à ceux qui les assouvissent⁶⁰.

Il faut remarquer que la décision-cadre ne fait pas référence à la majorité civile comme condition d'application de celle-ci. L'instrument d'harmonisation du droit pénal s'appliquera à toute personne de moins de dix-huit ans, et non pas aux personnes mineures. La décision-cadre esquivé par-là même l'écueil des divergences propres à chaque ordre juridique national en ce qui concerne l'âge de la majorité. Cela permet d'éviter de longs débats juridiques lorsque les faits ont été commis dans des pays étrangers où la majorité peut s'acquérir de façon plus précoce, mais aussi de façon plus tardive. De même, en se préservant de renvoyer la définition de l'enfant aux droits internes et plus particulièrement à la notion de minorité, la décision-cadre esquivé les incertitudes qui découlent des possibilités offertes aux mineurs dans certains droits nationaux de s'émanciper. On peut regretter tout de même que la décision-cadre ne prenne pas de dispositions particulières vis-à-vis de l'enfant handicapé ou du majeur incapable. Ces deux catégories de personnes, plus vulnérables, nécessiteraient des mesures de protection particulières et renforcées du fait de leur handicap. Toutefois, si certaines

⁵⁵ Adoptée le 20 novembre 1989 par la résolution A/RES/44/25, entrée en vigueur le 26 mars 1997.

⁵⁶ Adoptée le 23 novembre 2001, STE-185, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004

⁵⁷ Article 9, §3

⁵⁸ V. infra chapitre 2, de la même partie, section 2, §1.

⁵⁹ Exposé des motifs Com (2000) 854 final, JO, N°C 062 E du 27 février 2001, p.0327

⁶⁰ Etienne WERY *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, LGDJ/Larcier, Bruxelles, 2004, p.80.

catégories de personnes ont pu être oubliées lors de l'élaboration de l'instrument, la protection générale de l'enfant a été accrue grâce à l'adoption d'une définition de l'enfant ne se limitant pas à la personne physique de moins de dix-huit ans.

II. L'adoption d'une définition extensive de l'enfant

Si la décision-cadre définit l'enfant, elle ne limite pas la protection à celui-ci en tant que personne physique de moins de 18 ans. Au contraire, de façon à accroître la répression de la pornographie enfantine, l'instrument européen s'attache à la protection de l'image même de l'enfant (A). Cela offre alors l'occasion de permettre la reconnaissance d'un nouvel aspect de la traite, à savoir l'incrimination de la traite virtuelle des êtres humains (B).

A. L'enfant et son image : la nécessité d'une protection équivalente

La protection de l'image de l'enfant en tant que telle n'apparaissait pas dans la proposition de décision-cadre établie en 2001 qui, d'une simple formule (« *tout matériel pornographique représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite*⁶¹ »), condamnait toute représentation de l'enfant, sans que l'on sache exactement si cette représentation était comprise dans l'ensemble de ses aspects. Et pourtant, comme le relèvent certaines organisations non gouvernementales relatives à la protection des droits de l'enfant, les images d'abus doivent inclure des illustrations, des dessins animés ou des images numériques créées ou modifiées car elles constituent aussi des crimes contre les enfants⁶².

Suivant la proposition de la Commission selon laquelle il faut « *protéger [les enfants] contre toute utilisation comme objets sexuels* »⁶³, la décision-cadre 2004/68/JAI dépasse la protection de l'enfant en tant que personne physique en s'attachant à défendre l'image même de celui-ci. En effet, l'article premier, en son point b), définit la pédopornographie comme :

- « ...*tout matériel pornographique représentant de manière visuelle :*
- i) *un enfant réel participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, y compris l'exhibition passive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant, ou*
 - ii) *une personne réelle qui paraît être un enfant participant ou se livrant au comportement visé au point i), ou*
 - iii) *des images réalistes d'un enfant qui n'existe pas participant ou se livrant au comportement visé au point i). »*

Dès lors, l'instrument va préserver toute image de l'enfant, que celle-ci soit la représentation d'un enfant mineur, d'une personne majeure ayant l'aspect d'un mineur ou d'un mineur fictif. Peu importe que la personne ait plus de 18 ans ou que l'enfant ne soit que la réalisation électronique de l'imaginaire dévoyé d'un cybercriminel, toute image susceptible de représenter un enfant, dans une scène pornographique, tombera dans le champ d'application matériel de la décision-cadre et devra faire l'objet d'une incrimination dans le droit pénal des Etats membres.

⁶¹ Article 1b) de la proposition de décision-cadre relative à l'exploitation sexuelle et la pédopornographie, JOCE C 62 E du 27 février 2001 p.327

⁶² ECPAT International, *La violence contre les enfants dans le cyberspace*, 2005, p.41, disponible sur le site web de l'organisation <http://www.ecpat.net/fr/index.asp>

⁶³ Commission, proposition de la décision-cadre, exposé des motifs : document COM (2000) 854 final 2, JO, N°C 062 E du 27 février 2001, p.0327

Au cours des négociations, ce point fut l'objet de vives controverses⁶⁴. La pédopornographie ne devait-elle se comprendre que comme la représentation pornographique d'enfants réels ou pouvait-elle être étendue aux images représentant un enfant sans que des enfants existants n'aient été impliqués dans leur fabrication ? Il va sans dire que l'image doit être condamnée si la représentation électronique ou animée, dans le cas d'un dessin animé, a été réalisée à partir de l'exploitation réelle d'un enfant (mais ce qui revient à devoir répondre à la question de savoir comment déterminer lorsqu'un enfant réel ou des images mettant en scène ces enfants ont été utilisées à de telles fins ?). Ces controverses qui animaient les débats au sein du Conseil reflétaient la difficulté à déterminer le but même de la décision-cadre : fallait-il protéger les enfants en tant que tels contre des sévices sexuels, ou éviter que les enfants soient montrés comme des objets sexuels, avec le risque que cela encourage d'autres personnes à commettre ces mêmes sévices sexuels contre des enfants ?

Certains Etats membres ont avancé que les décisions-cadres n'avaient vocation qu'à établir des règles minimales communes, les autorités nationales ayant toute liberté pour fournir une protection plus étendue. Par ailleurs, l'assimilation de la protection des enfants réels aux images virtuelles pouvait être nuisible à la protection des enfants en condamnant sans faire la distinction nécessaire entre enfant réel et enfant virtuel. La protection des enfants aurait été dévaluée en ce qu'elle mettait sur un même piédestal enfants physiques et virtuels⁶⁵. On reconnaît à la source de cette divergence la conception différente de certains Etats de la protection à accorder à la liberté d'expression (en particulier les Etats scandinaves, Danemark et Pays-Bas). Mais pour la Commission comme pour la majorité des Etats membres, défenseurs d'une protection plus large, le but de la directive était de protéger les enfants contre toute violence sexuelle, que celle-ci soit directement dirigée contre lui ou qu'elle ne soit incitée par d'autres actes. Il était impératif de préserver les enfants de tous risques d'encouragement susceptibles d'inciter certains individus à passer à l'acte et de pratiquer des atteintes sexuelles sur les mineurs. D'où l'incrimination à la fois de la pornographie réelle comme virtuelle.

Cette « philosophie » est reprise de l'article 9§2 de la Convention sur la cybercriminalité qui, de même, incrimine non seulement toutes les images à caractère pornographique de la personne mineure, mais aussi celles de personnes ayant l'apparence d'un mineur et des images réalistes de mineurs se livrant à un comportement « sexuellement explicite ». Selon le rapport explicatif de l'instrument du Conseil de l'Europe⁶⁶, « *les intérêts juridiques protégés sont légèrement différents. Le paragraphe 2.a) concerne plus directement la protection des enfants contre la maltraitance. Les paragraphes 2.b) et 2.c) visent à offrir une protection contre un comportement qui, sans nécessairement causer un préjudice à l'« enfant » représenté dans le matériel en question, pourrait servir à encourager ou amener des enfants à participer à de tels actes et s'inscrit, de ce fait, dans le cadre d'une sous-culture préconisant la maltraitance des enfants.* »

Toutefois, à l'instar de la loi française qui elle aussi incrimine dès 1998 toute représentation de l'enfant, il semblerait que la Convention sur la cybercriminalité ait pris exemple sur la législation américaine. En effet, en 1996, le Congrès a adopté le *Child Pornography Prevention Act* (CPPA) pour lutter contre de nouvelles formes d'exploitation sexuelle des enfants dues à l'émergence et au développement des technologies numériques, notamment en incriminant la pédopornographie

⁶⁴ Sur ce point, v. Stéphanie BOSLY et Matthieu VAN RAVENSTEIN, « l'harmonisation des incriminations », in *Actualités de droit pénal européen, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, n°9, p.37-38. V. Aussi Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Ed° de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, p.108 et notamment la note de bas de page n°18 sur la frilosité de certains Etats membres quant à l'incrimination de la pornographie d'enfants virtuels.

⁶⁵ Sur ce point, comme le relève Anne Weyembergh, le Portugal a inséré une déclaration dans l'Annexe II de la décision-cadre dans laquelle elle précise que le Portugal n'accepte pas la dévaluation de l'importance de la protection des enfants par l'assimilation à des images virtuelles et que le Portugal établira une punition aggravée pour des actes impliquant des enfants ou d'autres êtres humains par rapport à la pornographie virtuelle.

⁶⁶ Rapport explicatif à la Convention sur la cybercriminalité, point 102.

virtuelle⁶⁷. Toutefois, cette disposition fut considérée comme inconstitutionnelle en ce qu'elle violait la clause de « *free speech* » (liberté d'expression) du premier Amendement⁶⁸. Aux yeux de la Cour suprême, certaines des dispositions du CPPA mettaient en péril certaines œuvres intellectuelles (notamment Roméo et Juliette de Shakespeare). Et un auteur de relever l'ironie de la situation qui faisait que la France, le Conseil de l'Europe et donc l'Union européenne s'étaient inspirés d'une loi étrangère inconstitutionnelle⁶⁹. Il faut tout de même remarquer que les conceptions de la liberté d'expression entre le vieux continent et le nouveau monde ne sont toutefois pas des plus similaires. Mais l'incrimination de la pornographie d'enfants n'ayant aucune existence réelle ne permet-elle pas de croire à l'émergence d'un nouvel aspect de la traite des êtres humains, à savoir la traite virtuelle des enfants ?

B. L'émergence d'un nouvel aspect de la traite des êtres humains ?

Ne voit-on pas apparaître par le biais de ces deux instruments internationaux la reconnaissance d'un nouvel aspect de la traite, jusqu'ici ignoré dans la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants ? En effet, condamner l'image de mineurs fictifs ne relève pas de la traite d'enfants aux fins d'exploitation sexuelle, mais de la traite *virtuelle* des enfants ! Il ne s'agit pas de condamner un individu coupable d'avoir abusé un enfant aux fins d'exploitation sexuelle, mais d'élever comme infraction le fait pour une personne d'utiliser l'image d'un enfant fictif à des fins d'exploitation sexuelle. Il s'agit réellement d'aborder un nouvel aspect de la traite. Aujourd'hui, comme le relève le Groupe de spécialistes chargé de rédiger pour le Conseil de l'Europe le rapport sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle⁷⁰, « *ni les recommandations du Conseil de l'Europe, ni la Convention sur le cybercrime, ni le protocole additionnel à la Convention des Nations Unies ne [prévoient] la question de la traite virtuelle aux fins d'exploitation sexuelle* »⁷¹. Le Groupe relève qu'il faudrait élargir la définition de la traite, y inclure la dimension virtuelle par la mention notamment des images virtuelles qui nuisent à des personnes réelles.

La définition actuelle de la traite des êtres humains, telle qu'elle est envisagée dans la Convention du Conseil de l'Europe⁷², ne considère comme victime que la personne physique qui est soumise à la traite des êtres humains, soit la personne qui a été recrutée sous la contrainte aux fins d'exploitations⁷³. Il nous semble que l'exploitation sexuelle de l'image d'un enfant ne puisse intégrer cette définition, bien qu'incidemment les mineurs soient des victimes de cette traite virtuelle. De même, la décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre la traite des êtres humains du 19 juillet 2002⁷⁴ ne fait référence qu'à la traite de personnes physiques. La pédopornographie mettant en cause des enfants fictifs échappe donc à la qualification de traite des êtres humains, même s'il ne fait aucun doute qu'elle repose sur l'exploitation sexuelle des enfants. La seule façon d'intégrer la pornographie d'enfants virtuels à la traite des êtres humains consiste, comme l'a fait le Groupe de spécialistes, à

⁶⁷ Laurent PECH, « Approches américaine et européenne de la liberté d'expression dans la société de l'information », in *Commerce électronique*, 2004, n° 7-8, p. 13.

⁶⁸ Arrêt de la Cour suprême du 16 avril 2002, *Ashcroft vs Free Speech Coalition* : n° 00-795 (2002)

⁶⁹ David LEFRANC, « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé », *Recueil Dalloz*, Edition Dalloz, 2008, p. 829

⁷⁰ Direction générale des droits de l'homme, *Rapport sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, 92p.

⁷¹ *Rapport sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, *op. cit.*, p.8.

⁷² Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, STCE n° 197, du 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} février 2008.

⁷³ V. l'art. 4 de la Convention pour une définition plus précise.

⁷⁴ Décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.1.

considérer que « la notion de « pornographie » n'implique pas forcément la présence d'un enfant réel et que la diffusion d'images ou les images virtuelles suffisaient à évoquer cette notion, dans la mesure où, même s'il n'y a pas de personne humaine réelle impliquée, la victime est désignée par l'image de la personne ainsi présentée (enfant ou femme) »⁷⁵.

Cette notion tend toutefois à être reconnue. Ainsi, lors du sommet de Varsovie⁷⁶, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a reconnu que « l'utilisation des TIC [Technologies de l'information et de la communication] a étendu les possibilités en matière de traite des êtres humains et a créé une nouvelle forme virtuelle de cette pratique. Dans un environnement numérique tel qu'Internet, la traite des êtres humains, quand elle constitue une infraction à l'article 4 de la CEDH, doit être traitée de la même manière que dans un environnement non numérique », avant d'appeler les acteurs du secteur privé à « participer à la lutte contre le trafic virtuel d'images pornographiques d'enfants et la traite virtuelle des êtres humains ».⁷⁷

Par l'adoption d'une définition européenne de l'enfant, la décision-cadre pose les premiers jalons d'une lutte effective contre la pédopornographie sur l'Internet. Certes, elle souffre de quelques limites, mais il faut remarquer qu'elle permet d'éviter la plupart des écueils issus des législations nationales et surtout qu'elle constitue une certaine reconnaissance qu'un nouvel aspect de la traite des êtres humains qui tend à émerger. Ce premier pas décisif doit être poursuivi par le rapprochement des éléments constitutifs des infractions. Toutefois, l'harmonisation réalisée semble plus résulter d'efforts minima que d'une réelle volonté d'adopter des standards élevés au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice.

⁷⁵ Rapport sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, *op.cit.*, p.44.

⁷⁶ Troisième Sommet du Conseil de l'Europe, qui a eu lieu à Varsovie du 16 au 17 mai 2005.

⁷⁷ Déclaration du Comité des Ministres sur les Droits de l'Homme et l'Etat de droit dans la société de l'information, 13 mai 2005, CM (2005) 56 Final. Cette déclaration, toute première en la matière, couvre des questions telles que la censure par l'Etat ou le secteur privé, la protection des informations à caractère personnel (par exemple le contenu et les données de trafic des communications électroniques), la formation pour permettre à tous d'analyser de manière critique la qualité des informations, l'éthique des médias et l'utilisation des technologies de l'information pour la démocratie et la liberté de réunion dans le cyberspace. Elle a été distribuée au Troisième Sommet du Conseil de l'Europe (Varsovie, 16-17 mai) et a constitué la contribution du Conseil à la Phase de Tunis du Sommet Mondial sur la Société de l'Information (16-18 novembre 2005). (Source : site du Conseil de l'Europe)

Section 2 : Le rapprochement limité des éléments constitutifs des infractions

Pour la première fois dans un instrument international, on lie la pédopornographie à l'exploitation sexuelle de l'enfant. Ce titre seul représente la volonté explicite des institutions européennes de condamner fermement la pédopornographie en ce qu'elle n'est qu'un aspect odieux de la traite des êtres humains. Il y a une volonté forte de la part des Etats d'établir des incriminations effectives permettant de lutter contre ce nouveau fléau, ce qui transparaît dans les motifs de la proposition de la Commission: « *il est nécessaire d'aller plus loin que les instruments internationaux et européens existants, dans le sens où il est prévu de définir avec plus de précisions les incriminations, sanctions et autres éléments, et ceci de façon plus contraignante*⁷⁸. »

La décision-cadre atteint ce but, d'autant que par le choix d'un tel instrument, et non d'une convention, elle empêche les Etats de poser des réserves ou autres déclarations d'interprétations, comme cela peut être le cas pour les conventions du Conseil de l'Europe, qui nuiraient à l'effectivité de ces incriminations. Toutefois, si l'on ne peut nier les avancées réalisées par cette législation européenne (I), il faut tout de même nuancer ces efforts au vu de certaines limites qui, même si elles n'altèrent l'effort de rapprochement de la décision-cadre, apportent tout de même certaines restrictions aux avancées de la décision-cadre (II).

I. L'incrimination étendue des infractions de pédopornographie

De façon à réaliser une harmonisation commune des incriminations des infractions, il était impératif de procéder en premier lieu à une définition précise de la pédopornographie. En effet, bien souvent, les droits nationaux se référaient à une définition floue qui rendaient impossible toute poursuite judiciaire à l'échelle européenne. Indubitablement, les autorités nationales devront reconnaître le caractère pédophile des matériels s'ils rentrent dans la définition de la décision-cadre (A). Cette définition permet donc d'établir une large liste des incriminations (B).

A. Une définition européenne de la pédopornographie, condition de son incrimination

La décision-cadre incrimine certains comportements pédopornographiques et ainsi permet à certaines dispositions des traités internationaux relatives à la pornographie enfantine de rentrer en application par le biais de cet instrument européen. En effet, au regard des ratifications du protocole de la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à la vente, à la prostitution et la pornographie des enfants⁷⁹, on s'aperçoit que certains Etats membres de l'Union européenne, soit l'Allemagne, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, le Luxembourg, Malte, la République tchèque et le Royaume-Uni n'ont pas ratifié l'instrument international⁸⁰. Par ailleurs, la décision-cadre impose surtout une définition contraignante et commune de la pornographie enfantine qui semble suffisamment précise pour réaliser une harmonisation des législations et des poursuites communes. De nombreuses divergences subsistaient entre les différentes définitions données par divers instruments ou institutions, flou juridique que les auteurs de telles infractions se faisaient une joie d'exploiter. Ainsi, si Interpol définissait la pédopornographie de manière assez précise comme « *la description visuelle de l'exploitation sexuelle d'un enfant centrée sur le comportement sexuel de l'enfant ou sur ses parties génitales*⁸¹ », la plupart des législations nationales se référaient en grande partie « aux

⁷⁸ Com (2000) 854 Final/2, exposé des motifs de la proposition de décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JO, N°C 062 E du 27 février 2001, p.0327

⁷⁹ Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté le 26 juin 2000 par l'Assemblée générale des Nations Unies par la résolution A/RES/54/263, entré en vigueur le 18 janvier 2002.

⁸⁰ Sur l'état des ratifications, v. le site Internet de l'Unicef www.unicef.org

⁸¹ « Recommendations on Offences Against Minors », Interpol, 61^{ème} Assemblée générale (1995)

positions et actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou présentant des mineurs »⁸². Lorsque l'on connaît la divergence de l'appréciation de la notion de « pornographie » entre les différents Etats membres, on frémit à l'idée de l'amplitude des différences que cela recouvre.

L'instrument européen va donc incriminer de façon précise certains comportements, en suivant l'exemple du protocole à la Convention internationale des droits de l'enfant⁸³. Ainsi, la décision-cadre 2004/68/JAI définit la pédopornographie « *comme tout matériel pornographique représentant de manière visuelle un enfant participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, y compris l'exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant* »⁸⁴. Par ailleurs, il faut remarquer qu'elle va plus loin que la Convention sur la cybercriminalité, qui elle, en son article 9 § 2, limite la définition de la pédopornographie à l'enfant qui se livre à un comportement sexuel explicite. Ainsi tout matériel qui représente un enfant se livrant ou participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, ou qui montre les organes génitaux des enfants sera considéré comme du matériel pédopornographique. Certes, il s'agit d'incriminations précises à condition toutefois d'être certain de la notion de comportement sexuellement explicite. Si l'exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant ne pose a priori pas de souci quant à sa justiciabilité, il en va différemment de la notion de comportement sexuellement explicite. Du fait de la similitude des termes employés et de la proximité de l'adoption des deux instruments, on peut se référer au rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité⁸⁵ qui définit de façon plus précise les termes employés dans l'article 9 de la Convention du Conseil de l'Europe. Ainsi, « *l'expression 'comportement sexuellement explicite' désigne au moins l'un ou l'autre des comportements réels ou simulés suivants : a) relations sexuelles – y compris génito-génitales, oro-génitales, ano-génitales ou oro-anales – entre mineurs ou entre un mineur et un adulte, du même sexe ou de sexes opposés; b) zoophilie; c) masturbation; d) violences sado-masochistes dans un contexte sexuel; e) exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un mineur. Le fait que le comportement représenté soit réel ou simulé n'entre pas en ligne de compte* »⁸⁶. Le texte est extrêmement précis et permet donc d'éclairer les termes de la décision-cadre, texte qu'il faut tout de même adapter ayant à l'esprit le fait que la décision-cadre incrimine non seulement le fait que l'enfant se livre mais aussi qu'il participe à ce comportement sexuellement explicite. Le champ d'application relatif à la définition de ces comportements est extrêmement large, en mentionnant les comportements extrêmes tels que les violences sado-masochistes ou la zoophilie. Par ailleurs, peu importe que le comportement soit réel ou simulé.

Il s'agit là d'une avancée certaine, la décision-cadre, telle qu'elle est éclairée par le rapport explicatif de la convention sur la cybercriminalité, définissant de manière précise la pédopornographie. Il faut tout de même déplorer que l'instrument de l'Union européenne ne fasse pas une référence explicite à son homologue du Conseil de l'Europe, surtout en ce que la décision-cadre du Conseil JAI ne procède pas réellement à l'incrimination de la cybercriminalité. Mais l'avancée réalisée par la décision-cadre par la définition de la pédopornographie va se poursuivre par l'incrimination des infractions relatives à ce cybercrime.

⁸² Article 383 bis du Code pénal belge. V. aussi l'article 227-23 du Code pénal français qui dispose que « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euro d'amende »

⁸³ Article 2 c) du protocole du 26 mai 2000 à la CIDE: « On entend par pornographie mettant en scène des enfants toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles. »

⁸⁴ Article 1^{er} b) de la décision-cadre.

⁸⁵ Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, disponible sur le site du Conseil de l'Europe <http://conventions.coe.int/>

⁸⁶ Point 100 du rapport explicatif op. cit.

B. Le spectre large des incriminations liées à la pédopornographie sur Internet

Il est impératif d'opérer une harmonisation des incriminations entre les Etats de façon à lutter contre la criminalité transnationale organisée, en particulier au vu de la poursuite des infractions produites dans le cyberspace. En effet, il suffit d'une seule législation nationale inadaptée lorsqu'un cybercriminel « passe » ses communications à travers trois ou quatre pays avant d'atteindre la victime visée pour protéger celui-ci de toute poursuite à travers le monde⁸⁷. D'où la Convention sur la cybercriminalité du 21 novembre 2001 qui, suivant trois axes, tente d'harmoniser le droit pénal matériel, de mettre en place des moyens d'enquête et de poursuite pénale adaptés à la mondialisation des réseaux informatiques et de développer un système de coopération internationale rapide et efficace. En son article 9, la Convention incrimine certains actes relatifs à la pédopornographie, incriminations qui vont inspirer l'article 3 de la décision-cadre. Ainsi, devront être sanctionnés tous comportements intentionnels, impliquant ou non l'usage d'un matériel informatique⁸⁸, qui relèvent :

- de la production de la pédopornographie,
- de la distribution, de la diffusion, de la transmission de la pédopornographie,
- de l'acquisition, et de la détention de pédopornographie
- le fait d'offrir ou de rendre disponible de la pédopornographie telle qu'elle est définie par la décision-cadre.

A la différence de la décision du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet⁸⁹ qui, elle, ne commandait aux Etats membres que « *de prendre les mesures nécessaires pour encourager les utilisateurs d'Internet à signaler aux autorités répressives, directement ou indirectement, les cas de diffusion présumée de matériel pédopornographique sur l'Internet s'ils y trouvent ce matériel* »⁹⁰, la décision-cadre apporte des incriminations pénales précises et vient remédier aux déficiences de l'action commune du 24 février 1997⁹¹. Celle-ci était à la fois trop générale et insuffisante⁹², et surtout elle ne prévoyait pas, à l'instar du protocole à la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à la prostitution, la vente et à la pornographie d'enfant, la possibilité d'inclure dans la pédopornographie l'utilisation des nouvelles technologies⁹³.

Même si elle semble accessoire, la mention des « systèmes informatiques » impose aux Etats membres d'incriminer aussi les comportements relatifs à la pédopornographie disponible sur le Réseau. Le rapport de la Commission sur les mesures prises par les Etats en application de la décision-cadre insiste lui-aussi sur ce point, relevant que « *l'expression «représentant de manière visuelle» doit être interprétée de façon à englober les films et les bandes vidéo non développés, ainsi que les données stockées sur un disque dur d'ordinateur ou par des moyens électroniques, qui peuvent être converties en une image visuelle.* ». La décision-cadre a donc bien vocation à s'appliquer aux crimes commis sur le Réseau, et il importe alors de définir les incriminations que l'article 3 développe⁹⁴.

⁸⁷ Rapport du Conseil de l'Europe, Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques, *Traite des êtres humains : recrutement par Internet*, 2007, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, p.30, disponible sur le site web du conseil de l'Europe, www.coe.int

⁸⁸ Soit « *tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement automatisé de données* » Article 1 c) de la décision-cadre qui reprend mot pour mot la définition de l'article 1 b) de la Convention sur la Cybercriminalité.

⁸⁹ Décision cadre 2000/375/JAI du 29 mai 2000, JO L 138 du 9 juin 2000, page 1.

⁹⁰ Article 1^{er} de la Décision du 29 mai 2000.

⁹¹ Action commune du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO n° L 63, du 4 mars 1997, p.2

⁹² Pour une analyse critique de cette action commune, v. Anne WEYEMBERGH « La lutte contre la traite des êtres humains dans le cadre du 3^{ème} pilier du traité sur l'Union européenne », in *Cahiers de droit européen*, 2000, n° 1-2, pp.215-221.

⁹³ Stéphanie BOSLY et Matthieu VAN RAVENSTEIN, « l'harmonisation des incriminations », in *Actualités de droit pénal européen, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, n°9, p.40

⁹⁴ A savoir la production, la distribution, la diffusion ou la transmission, le fait d'offrir ou de rendre disponible de la pédopornographie ainsi que son acquisition ou sa détention.

appliquées au cyberespace. A l'instar de l'exercice consistant à définir la notion de « *comportements sexuellement explicites* », il faut alors se référer au rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité pour mieux appréhender les différents aspects de ces « cyber-infractions »⁹⁵.

Cette liste d'infraction a vocation à incriminer l'ensemble des maillons de la chaîne de la pornographie infantine, à savoir de la production à la détention d'un tel matériel. L'interdiction de la production, que ce soit par le biais d'un système informatique (cas de la production d'images réalistes d'enfants virtuels) ou en vue de sa diffusion au moyen d'un système informatique, permet de combattre à la source les dangers susvisés. Les incriminations de la distribution, de la diffusion, de la transmission, de l'offre ou de la mise à disposition de matériel pornographique infantin ont pour but de sanctionner l'ensemble des moyens permettant de mettre en ligne, de procurer à autrui ou de se procurer de la pornographie infantine par le biais du Réseau. Selon le rapport explicatif, par « diffusion » il faut entendre la distribution active du matériel incriminé sur le Réseau, sans que celle-ci s'adresse à une personne en particulier, à la différence de la « transmission » qui consiste à envoyer à une personne désignée de la pédopornographie. Le terme « offrir » vise à inclure le fait de solliciter autrui afin qu'il puisse se procurer de la pornographie infantine. Il laisse entendre que la personne qui offre le matériel en question peut effectivement le fournir. L'expression « rendre disponible » vise à inclure la mise en ligne de pornographie infantine devant être utilisée par autrui, par exemple en créant des sites pédophiles mais aussi en créant ou compilant des hyperliens vers des sites pédophiles en vue de faciliter l'accès à la pornographie infantine. Enfin l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 3 sanctionne toute détention ou acquisition de pédopornographie, c'est-à-dire toute possession intentionnelle de ce matériel au sein d'un système informatique ou dans un moyen de stockage de données informatiques.

Il faut remarquer ici la condition selon laquelle les actes doivent avoir été commis « intentionnellement ». Cette disposition est essentielle au regard des défis que pose la cybercriminalité et des moyens qu'elle emploie. En effet, un utilisateur de l'Internet peut se retrouver en possession de pédopornographie sans qu'il le sache. Par le biais de courriers électroniques non sollicités (ou autrement nommés « *spams* ») ou de *cookies*⁹⁶ lorsque l'utilisateur télécharge des fichiers ou consulte un site pornographique, des fichiers ou documents électroniques à vocation pédopornographique peuvent se greffer à son disque dur sans que d'aucune façon il puisse connaître l'existence de ces fichiers⁹⁷. Il nous est difficile de juger de l'incrimination de « distribution » qui pour nous s'assimile à celle de diffusion. Mais au vu de l'essor des nouvelles technologies et des défis qu'elles offrent aux systèmes de droits pénaux traditionnels, il est important de laisser aux autorités judiciaires les moyens de poursuivre les cybercriminels.

L'article 4 s'attache aussi aux incriminations dérivées, c'est-à-dire à l'obligation pour les Etats de sanctionner l'incitation, la complicité et la tentative de commettre les infractions définies à l'article 3, à l'exception pour cette dernière en ce qui concerne le fait d'offrir ou de rendre disponible de la pédopornographie et l'acquisition et la détention de la pédopornographie⁹⁸. Il faut enfin remarquer que la décision-cadre, à l'exception de l'article 3.2 point b)⁹⁹ ne laisse aucune place au consentement de la victime, et se refuse à prendre en compte un quelconque critère de profit qui viendrait nuire à l'effectivité de la répression, la plupart des échanges d'images pédopornographiques se faisant de façon gratuite par la voie des réseaux *peer-to-peer* ou *newsgroups*.

⁹⁵ Cf Rapport explicatif à la Convention sur la Cybercriminalité, points 95 à 98.

⁹⁶ Les *cookies* sont de pratique courante sur le réseau et permettent d'éviter que certaines informations ne doivent être ressaisies par l'internaute à chaque fois qu'il consulte un site.

⁹⁷ Sur l'ensemble des moyens utilisés par l'industrie du sexe pour piéger des internautes sur des sites à contenus pédopornographiques, lire le rapport de la Direction générale des droits de l'homme du Conseil de l'Europe *L'impact des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, 91p, en particulier pp. 16-18.

⁹⁸ Article 4§2 de la décision-cadre 2004/68/JAI

⁹⁹ L'Etat peut exclure la responsabilité pénale du producteur ou du détenteur de pornographie infantine, dans le cas où les images d'enfants ayant atteint la majorité sexuelle ont été produites et détenues avec leur accord.

Enfin il faut mettre cette décision-cadre dans « l'univers » du droit pénal européen et le mettre en relation avec les autres instruments, tels que l'action commune relative à la criminalité organisée¹⁰⁰ ou la décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime¹⁰¹. En effet, celle-ci impose aux Etats « *d'adopter au minimum les mesures nécessaires pour permettre (...) la confiscation de tout ou partie des biens détenus par une personne reconnue coupable d'une infraction a) qui est commise dans le cadre d'une organisation criminelle telle que définie par l'action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les États membres de l'Union européenne, lorsque l'infraction est visée par (...) la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie* »¹⁰². Ces incriminations communes à l'ensemble des Etats membres, même si elles sont sujettes à certaines critiques, permettent tout de même de pouvoir lutter contre l'ensemble des réseaux de pédopornographie.

La décision-cadre procède donc à l'harmonisation des législations et permet donc une incrimination européenne de comportements contraires aux valeurs européennes telles qu'elles sont exposées notamment dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Toutefois, on peut regretter que l'instrument n'aille pas plus loin dans l'incrimination de ces comportements : au vu de certaines lacunes, l'instrument ne pourra permettre de lutter contre l'ensemble des comportements portant atteinte à la dignité de l'enfant.

II. Un effort de rapprochement dangereusement limité

Les incriminations développées par l'instrument européen souffrent de certaines limites, bien qu'elles ne viennent pas remettre en cause l'harmonisation réalisée par la décision-cadre. Elles démontrent uniquement les limites du rapprochement sur lequel il a été possible d'obtenir un consensus entre les Etats. Les efforts en vu de ce rapprochement auraient pu être plus conséquents, mais il aurait été impossible d'obtenir un accord sur le texte sans que celui-ci ne puisse être vidé de son sens par l'introduction de nombreuses clauses d'exonération. Toutefois, cette harmonisation limitée va laisser subsister sur le Réseau certains matériaux qui se rattachent à la pédopornographie (A). Par ailleurs, elle octroie aussi une certaine immunité à des actes susceptibles d'être considérés comme relevant de la pornographie infantine (B).

A. Des limites quantitatives : l'oubli de certains matériels

Certains matériels à caractère pédopornographiques ne relèvent pas des incriminations développées par la décision-cadre. En effet, l'instrument se limite au matériel visuel, et se désintéresse donc de l'ensemble des autres supports, à savoir les différents matériels audio ou écrits qui feraient l'apologie de la pédophilie ou représenteraient les enfants dans des scènes pornographiques. Ainsi que le relève la Commission dans son rapport explicatif, et comme vu supra, le matériel visuel n'englobe que les supports vidéo ou autres permettant de voir une image. Peu importe donc les dessins graphiques ou les discours, voire les scènes retransmises par des moyens audio qui échappent à la qualification de « pédopornographiques ». Ceci est d'autant plus grave qu'ils incitent encore plus les personnes à passer à l'action et à porter atteinte à des mineurs. En effet, soit que les personnes soient

¹⁰⁰ Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JO L 351 du 29 décembre 1998.

¹⁰¹ JO du 15 mars 2005, L 68, p.49

¹⁰² Article 3 de la décision-cadre 2005/212/JAI, *op.cit.*

bridées dans leur désir de ne pas voir l'objet dudit désir, soit au contraire, libérées de l'image qui peut-être viendrait limiter leur désir, celui-ci n'est réfréné que par leur seul imaginaire et dès lors on peut s'attendre à ce qu'elles soient d'autant plus susceptibles de porter atteinte à un enfant. Le Parlement européen, à l'occasion de son rapport sur le projet de décision-cadre avait souligné cette lacune et avait plaidé pour l'incrimination de « *tout matériel audiovisuel, textuel et écrit, quel qu'en soit le type* », à l'exception toutefois des moyens uniquement audio, de façon à ce que « *les différentes formes que peut revêtir le délit de pédopornographie [figurent] de manière détaillée dans la définition de la notion de pédopornographie, afin qu'aucune forme de pédopornographie n'échappe à la pénalisation*¹⁰³ ». La définition de la pédopornographie, dans son acception visuelle, ouvre d'insondables gouffres dans la protection des droits de l'enfant. Il aurait fallu reprendre l'incrimination telle qu'elle est développée dans certains pays de l'interdiction de toute *représentation* à caractère pornographique impliquant des mineurs. Ainsi, les législations allemande, espagnole, italienne et suisse ont étendu les interdictions à tout type de représentations¹⁰⁴ ce qui permet d'incriminer tout nouveau support informatique ou électronique dû à l'évolution technologique. Certes, le fait de vouloir incriminer toute représentation de l'enfant, sans se référer à l'intention du producteur ou du détenteur du support de vouloir utiliser l'enfant aux fins de productions de matériels pédopornographiques, accroît le caractère répressif de la décision-cadre¹⁰⁵, mais sans ce caractère présumé, il serait impossible de lutter efficacement contre le matériel pornographique enfantin sur le Réseau.

Par ailleurs, la décision-cadre n'incrimine pas le fait de posséder des logiciels de cryptage permettant d'accéder à du matériel pédopornographique. De plus en plus, se développent des logiciels de cryptage permettant à un Internaute de posséder ou d'avoir accès à de la pornographie infantile. Sans ce logiciel, les autorités ne pourront poursuivre les détenteurs ou producteurs de pornographie infantile. Certaines législations nationales incriminent le refus de divulguer le logiciel ou la clé permettant de décrypter le matériel. La décision-cadre ne se prononce pas mais d'autres instruments de l'Espace de liberté, sécurité et justice pourront permettre de saisir le logiciel, comme l'article 7 de la décision-cadre 2005/212/JAI¹⁰⁶.

B. Des limites qualitatives : l'immunité de comportements susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'enfant

La décision-cadre énonce une définition de la pornographie, mais celle-ci est inadaptée au vu de l'ensemble des comportements susceptibles de porter atteinte aux droits des enfants. Ainsi, quid de l'enfant qui se trouve dans une position alanguie, équivoque, mais non totalement nu, les parties génitales étant soigneusement drapées par un drap ou rayées par un coup de crayon¹⁰⁷? Quid du contexte de l'image, lorsque l'enfant se lave sous la douche en compagnie d'un adulte ou lorsque l'arrière plan du support visuel évoque manifestement un contexte sexuel? Il est possible de multiplier les exemples à l'infini et comme le relève Etienne WERY¹⁰⁸, « *un véritable marché s'est créé dans ce flou juridique, dont les victimes sont des enfants exploités jusqu'à l'extrême limite de la légalité et parfois au-delà* ».

L'ensemble de ces comportements relève du « pédo-érotisme ». Selon l'organisation Save the Children¹⁰⁹, des milliers d'images érotiques d'enfants foisonnent sur Internet, et échappent à toute

¹⁰³ Rapport sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, en date du 31 mai 2001 FINAL A5-0206/2001, 3^{ème} amendement.

¹⁰⁴ Document de travail du Sénat *La lutte contre la pornographie infantile*, du 18 mai 2001, document n°LC 90, p.7.

¹⁰⁵ Sur cette critique lors de l'élaboration de la loi pénale française qui condamne les matériels pornographiques d'une façon similaire à celle de la décision-cadre 2004/68/JAI, lire David LEFRANC *op.cit.*, p.828-829.

¹⁰⁶ Cf supra, paragraphe précédent.

¹⁰⁷ Etienne WERY *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, LGDJ/Larcier, Bruxelles, 2004, p.88.

¹⁰⁸ Etienne WERY, *op.cit.*

¹⁰⁹ www.savethechildren.org

incrimination, car selon les administrateurs des sites en question il s'agit de sites « artistiques »¹¹⁰. Ces sites, présentant donc des enfants dans des positions alanguies ou à demi nus, sont souvent des façades permettant par la suite l'accès à de la pédopornographie par l'utilisation d'hyperliens ou permettent aux pédophiles de contacter les administrateurs de ces sites de façon à pouvoir rencontrer physiquement les jeunes modèles et d'acheter des images illicites¹¹¹. Il aurait fallu suivre la recommandation du Parlement européen, telle qu'elle a été reprise par plusieurs organisations, à savoir qu'il aurait fallu incriminer « *tout matériel audiovisuel ayant pour but: d'encourager, de suggérer et d'inciter à des actes de pédophilie, ou de montrer ou de fournir des informations relatives à un enfant susceptibles d'être utilisées à des fins d'exploitation sexuelle* »¹¹². Or ces matériels sont exclus de la définition européenne de la pédopornographie. Dès lors la décision-cadre, en refusant de pénaliser certains comportements portant atteinte à la dignité de l'enfant, permet à certains de continuer à exploiter des enfants à des fins sexuels, sans prendre en compte le préjudice et les atteintes psychologiques subies par l'enfant.

Il semble donc que la décision-cadre parvienne à une harmonisation des incriminations relatives à la pédopornographie. Le rapprochement réalisé apparaît par certains côtés assez développé, comme le prouve l'inclusion des matériels mettant en scène des enfants fictifs dans la définition de la notion de pédopornographie, et par d'autres côtés comme limité, à l'instar du refus de d'inclure dans cette même définition les images à caractère pédo-érotique. Finalement, comme le démontre Daniel Flore¹¹³, la décision-cadre se conforme au Traité de l'Union européenne en n'établissant que des minima. Les instruments, reflets de la volonté de parvenir à un Espace pénal européen par le rapprochement des législations, ne consacrent finalement que le souhait de chacun de protéger son droit pénal. Or, établir un minimum constitue-t-il un rapprochement des législations ? Finalement, les Etats disposant d'une législation avancée garderont des standards plus élevés. L'auteur se pose par la suite une autre question : le minimum est-il un minimum ? y a-t-il vraiment une harmonisation effective des législations pénales ?

¹¹⁰ Save the Children Europe Group *Position paper regarding online images of sexual abuse and other Internet-related sexual exploitation of Children Updated*, août 2005, disponible sur le site de l'organisation www.savethechildren.net/alliance/getinvolved/report/index.html

¹¹¹ Myriam QUEMENER et Joël FERRY *Cybercriminalité, défi mondial et réponses*, Economica, 2007, p. 173.

¹¹² Rapport du Parlement européen sur le projet de décision-cadre relatif à la lutte contre l'exploitation sexuelle et la pornographie du 31 mai 2001 FINAL A5-0206/2001, 3^{ème} amendement.

¹¹³ Daniel FLORE « Droit pénal matériel et Union européenne », in Gilles De KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (sdd), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, p.72.

CHAPITRE 2 : L'IMPOSSIBLE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS

A première vue, l'instrument adopté par l'Union européenne dans le cadre de l'Espace de liberté, sécurité et justice semble réaliser un rapprochement des incriminations, condition de la lutte contre la diffusion de pornographie infantile sur le Réseau. Mais finalement au vu des limites de celui-ci, il s'agit plus d'un rapprochement a minima que de l'harmonisation de standards élevés. Mais ce rapprochement existe-t-il vraiment ? De nombreux autres instruments élaborés dans la construction de l'Europe pénale ont subi les foudres des auteurs de la doctrine quant à leur objectif d'adopter des incriminations européennes permettant des poursuites identiques quel que soit l'Etat membre dans lequel a eu lieu l'infraction. D'une part l'instrument permet aux Etats de s'exonérer des avancées réalisées par la décision-cadre en ce qui concerne la protection des enfants. Finalement, par le biais de certaines clauses qui reviennent à réaliser une « harmonisation en trompe-l'œil »¹¹⁴, le Conseil JAI a tout simplement développé la notion d' « enfant à la carte » (section 1). D'autre part, l'instrument limite son effet de rapprochement des législations nationales en ce qu'il laisse à la liberté des Etats certaines définitions des concepts majeurs nécessaires aux incriminations (section 2).

Section 1 : Une notion d'enfant à la carte

Daniel Flore, dans son article intitulé « Droit pénal matériel et Union européenne »¹¹⁵, relève trois « techniques et astuces » utilisées par les Etats pour s'affranchir de leurs obligations. Ainsi, l'instrument peut ouvrir des alternatives aux Etats, à savoir que ceux-ci auront le choix de considérer qu'une incrimination fait ou non partie du standard (l'Etat a le choix quant à la détermination de ce qu'il comprend comme relevant de la notion définie par l'instrument¹¹⁶). Autre possibilité, l'instrument peut renvoyer au droit national pour déterminer les infractions¹¹⁷. Enfin, si de nombreuses

¹¹⁴ Daniel FLORE, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », in *JTDE*, 1999, n°60, pp.121-122

¹¹⁵ Daniel FLORE « Droit pénal matériel et Union européenne », *op.cit.*, p.72 et s. Voir aussi Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, p.55 et s.

¹¹⁶ Ex : pour la participation à une organisation criminelle, cf. Daniel FLORE, « Droit pénal matériel et Union européenne », *op.cit.*, p.79.

¹¹⁷ Ex le cas du terrorisme : décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164, 22 juin 2002, p.3-7, article 1.1 : si certains faits sont caractérisés par l'intention terroriste, ce seront des infractions terroristes, mais ces faits ne sont pas définis par l'instrument européen qui renvoie pour cela aux incriminations nationales.

divergences opposent les Etats au moment de la détermination des éléments constitutifs de l'infraction et que ceux-ci ne peuvent se résoudre à suivre la nouvelle norme pénale, l'instrument développera un système d'exceptions permettant d'exclure la responsabilité pénale des auteurs. Ce système est au cœur de la décision-cadre, en ce qu'il recourt d'une part à la majorité sexuelle ou à d'autres causes d'exonérations. Ces moyens permettent certes d'obtenir un accord de tous les Etats pour l'adoption d'un instrument d'harmonisation mais diminuent en pratique la portée du rapprochement. En l'espèce, la décision-cadre, au vu de l'impossibilité de parvenir à l'incrimination de la pédopornographie d'enfants virtuels ou apparents, a développé de nombreuses exonérations de responsabilité. Celles-ci témoignent de « l'harmonisation en trompe-l'œil » qu'affectionnent les Etats pour parvenir à un « rapprochement » des législations (I). Par ailleurs, cette harmonisation est réduite à néant par l'inefficacité des gardes-fous mis en œuvre pour limiter le champ d'application des exclusions de responsabilité pénale (II).

I. « Une harmonisation en trompe l'œil » : la nuisance des clauses d'exonérations

A l'origine, le projet de décision-cadre ne prévoyait qu'une seule possibilité d'exonération de la responsabilité pénale : seule la personne ayant l'apparence d'un enfant pouvait échapper aux poursuites pénales à la condition qu'elle ait plus de dix-huit ans à l'époque des faits¹¹⁸. Le Parlement européen, dans son rapport sur cette proposition, avait sanctionné cette disposition au motif que « l'objectif de la décision-cadre est de pénaliser la représentation d'un enfant ou la création de l'impression que la personne représentée est un enfant participant ou assistant à un acte explicitement sexuel. Aussi un traitement plus indulgent du délit contribuerait-il à affaiblir cet objectif. »¹¹⁹ Mais le Conseil n'a pas pris en compte cette remarque et au contraire, a accru le nombre des clauses d'exonération de responsabilité pénale dans le texte final de la décision-cadre.

Pour permettre l'adoption à l'unanimité de la décision-cadre, les Etats ont choisi de se référer à une exonération dépendante de leur droit national pour conserver la main-mise sur les incriminations. Or celle-ci, la majorité sexuelle, est à la fois une condition de l'exonération de responsabilité¹²⁰ et de la détermination du niveau des sanctions¹²¹. Elle revêt donc une importance principale pour l'application de la décision-cadre. Se référer à cette notion revient à consacrer, pour reprendre les mots d'Isabelle Wattier¹²², « les disparités des législations des Etats membres » (A). Par ailleurs, les autres exonérations de responsabilité vont s'appliquer à la protection de l'image de l'enfant et défaire en fin de compte toutes les avancées réalisées pour celle-ci (B).

¹¹⁸ Article 3.2 du projet de décision-cadre du Conseil JOCE C 62 E du 27 février 2001, p.327

¹¹⁹ Rapport du Parlement européen sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, en date du 31 mai 2001, 10^{ème} amendement, pp.10-11 FINAL A5-0206/2001

¹²⁰ Art 3.2 b) de la décision-cadre 2004/68/JAI

¹²¹ Art 5.2 c)

¹²² Isabelle WATTIER « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle : la consécration d'une disparité », in *RIDP*, 2007, vol 77, 1-2, p 223 et s

A. La consécration d'une notion à géométrie variable : la majorité sexuelle

Cause d'exonération qui n'apparaissait pas dans la proposition de la décision-cadre adressée au Parlement¹²³, l'introduction de cette exclusion de responsabilité pénale fut nécessaire pour mettre fin aux nombreux désaccords entre les Etats. Il s'agit ici d'une belle « porte de sortie » qui laisse toute liberté aux Etats membres, et surtout constitue un frein majeur à l'harmonisation des législations pénales européennes et à la lutte contre la pédopornographie. La décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains faisait une première référence à cette notion qui permettait de qualifier une victime de particulièrement vulnérable en fonction de son âge¹²⁴. Au sein de l'instrument du 22 décembre 2003, l'Etat a le choix de ne pas poursuivre les producteurs et détenteurs de pédopornographie pour les comportements ayant trait à la pédopornographie « *dans lesquels (...) des images d'enfants ayant atteint la majorité sexuelle sont produites et détenues avec leur accord et uniquement pour leur usage privé. Même lorsque l'existence d'un consentement a été établie, il ne sera pas reconnu comme valable, si, par exemple, l'auteur de l'infraction a profité de son âge plus avancé, de sa maturité, de sa position, de son statut, de son expérience ou de l'état de dépendance dans lequel se trouvait la victime à son égard pour obtenir ce consentement.* »¹²⁵.

Une remarque préliminaire s'impose : cette exonération de responsabilité s'applique dans le cas des comportements pédopornographiques mettant en cause les personnes visées à l'article 1^{er} point b alinéa i) et ii), à savoir : les enfants réels (donc de moins de 18 ans) et les personnes réelles qui paraissent être un enfant (donc des personnes de plus de 18 ans ayant l'aspect d'un enfant de moins de 18 ans). Quelle utilité dans ce dernier cas de permettre une exonération fondée sur la majorité sexuelle pour des personnes ayant déjà plus de 18 ans ? Certes l'Etat a le choix des exonérations de responsabilité et donc ne peut en inclure qu'une ou deux dans son droit, mais des questions se posent quant à la portée de cette exonération de responsabilité dans ce cas-là. Devra t-on par exemple examiner l'image de l'enfant présente sur le Web pour faire jouer cette exclusion de responsabilité ? Au vu de son apparence physique, est-ce que « l'enfant » (de plus de dix-huit ans) a t-il ou non atteint l'âge de la majorité sexuelle selon le droit national ? Cette exonération telle qu'elle est formulée est source d'incertitudes, surtout au regard de l'impossible détermination de l'âge de l'enfant¹²⁶.

En faisant abstraction de cette remarque préliminaire, il ressort donc que la représentation d'enfants se livrant à des comportements sexuellement explicites n'est normalement pas autorisée lorsque l'enfant a moins de dix-huit ans, à l'exception des législations nationales dans lesquelles les Etats choisiront d'exclure la responsabilité pénale des comportements ayant trait à la pédopornographie impliquant des enfants qui ont atteint la majorité sexuelle. En conséquence, la décision-cadre assure une forte protection contre l'exploitation dans la pédopornographie de tout enfant n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans et ne permet que des exceptions limitées entre la majorité sexuelle et l'âge de dix-huit ans. Mais l'amplitude de cette atteinte à la protection des droits des enfants va alors dépendre de la définition de cette majorité sexuelle au sein des Etats.

Or cette majorité sexuelle n'a jamais fait l'objet d'une harmonisation commune à l'échelon de l'Europe¹²⁷ et varie considérablement dans les législations européennes comme a pu le relever la Commission européenne dans son rapport sur les mesures prises par les Etats membres pour l'application de la décision-cadre. Ainsi suite à l'examen des législations nationales, la Commission a pu dresser le bilan de la disparité de l'âge de la majorité sexuelle en Europe, à savoir qu'en Allemagne elle est fixée à l'âge de 14/16 ans, Autriche 14, Belgique 16, Danemark 15, Espagne 13, Estonie 14,

¹²³ JO C 62 E du 27 février 2001, p.327

¹²⁴ JO, n°L203, 1^{er} août 2002, p2, art 3.2b)

¹²⁵ Article 3.2 b) de la décision-cadre.

¹²⁶ cf. infra, même section, II, B.

¹²⁷ Et comme le relève la commission dans son rapport sur les mesures prises en application de la décision-cadre 2004/68/JAI en date du 16 novembre 2007 COM (2007) 716 final : « L'harmonisation de l'âge de la majorité sexuelle, qui est lié à d'autres questions telles que l'âge requis pour se marier, n'a pas été identifiée comme étant un objectif d'actualité » p. 5.

Finlande 16, France 15, Hongrie 14, Irlande 17, Italie, 14, Lettonie 16, Lituanie 14, Luxembourg 16, Pays-Bas 16, Pologne 15, République tchèque 15, Royaume-Uni 16, Slovaquie 15, Suède 15¹²⁸. Par ailleurs, sa juridicité ne fait pas l'objet d'une reconnaissance unanime au sein des Etats : elle peut être admise, ignorée ou discutée dans les différents droits internes¹²⁹. Pour reprendre certains travaux préparatoires, la « majorité sexuelle » ne constitue un critère de définition de l'infraction que si en droit national cette infraction vise un comportement où l'âge de la majorité sexuelle est pris en compte¹³⁰. En effet certains Etats ne s'appuient pas sur cette majorité pour réprimer la pornographie infantine. Ainsi, la majorité sexuelle est établie à 14 ans en Allemagne. Or relève de l'incrimination de la pédopornographie les « photos posées » de personnes âgées de moins de 18 ans¹³¹. Cette majorité n'est pas forcément utilisée pour incriminer des infractions pénales et il devient donc incohérent pour des Etats de se référer à une notion qui n'a pas la même consonance selon les législations. Il y a donc un risque d'abaisser la protection de l'enfant même si en pratique on peut douter que celle-ci se réalise. Il s'agit donc d'une notion qui « renvoie (...) à des disparités importantes – outre la question de sa juridicité – quant aux infractions, aux seuils d'âge et aux conséquences y relatives, pris en considération dans les différents Etats membres¹³² ». Dès lors la protection s'échelonne selon les pays en fonction de l'âge reconnu, ou non, de la majorité sexuelle. La même critique peut être faite à l'égard de la décision-cadre sur la lutte contre la traite des êtres humains, qui s'appuie sur cette même notion pour déterminer la qualification de victime vulnérable¹³³. Ainsi, une victime de la traite sera considérée comme particulièrement vulnérable en Irlande jusqu'à l'âge de 17 ans, alors qu'elle ne bénéficiera de cette protection que jusqu'à l'âge de 14 ans en Autriche... Les exonérations de responsabilité vont être aussi appliquées à la protection de l'image de l'enfant. Ces exonérations, à l'image d'un kaléidoscope, transformeront la protection sensée être uniforme de l'image de l'enfant, en une myriade de fragments colorés.

B. Une protection kaléidoscopique de l'image de l'enfant

Objectif ambitieux développé par la décision-cadre, cette ambition de protéger l'image du mineur se trouve tout de même limitée à la fois par le texte même de l'instrument d'harmonisation du droit pénal européen, et par sa mise en pratique. La décision-cadre a pour but d'harmoniser les incriminations et donc pour cela il est impératif de parvenir à des définitions communes qui permettront une incrimination semblable sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne, de façon à éviter que les cybercriminels jouissent du bénéfice accordé par les lacunes d'une législation nationale.

Ainsi, l'Etat membre pourra exclure la responsabilité pénale de l'individu si le matériel pornographique qu'il détient, produit ou diffuse met en scène des personnes réelles qui, même si elles ont l'apparence d'un enfant, ont en réalité 18 ans ou plus lors de la production dudit matériel¹³⁴. De même, l'individu auteur de matériels pédopornographiques mettant en scène des enfants fictifs pourra voir sa responsabilité pénale exclue à condition d'une part, qu'il n'existe aucun risque de diffusion du matériel, et d'autre part, à la condition qu'aucun enfant réel ou personne adulte ayant l'apparence d'un

¹²⁸ Rapport de la Commission sur les mesures prises par les Etats membres en application de la décision-cadre 2004/68/JAI, *op.cit.*

¹²⁹ Isabelle WATTIER « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle », *op.cit.*, p 229.

¹³⁰ Proposition de décision-cadre du conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, note de la présidence du 28 février 2002, droipen 11, migr 11, n°6623/02, p3

¹³¹ Etienne WERY, *op.cit.*, p.70.

¹³² Isabelle WATTIER « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle », *op.cit.*, p 229

¹³³ JO, n°L203, 1^{er} août 2002, p2, art 3.2b)

¹³⁴ Article 3§2 a) de la décision-cadre.

enfant n'ait été utilisé pour la production du matériel pornographique¹³⁵. Selon le rapport de la Commission sur les mesures prises par les Etats membres pour se conformer aux dispositions de la décision-cadre¹³⁶, cette exemption de la responsabilité pénale repose sur le raisonnement qu'aucun enfant n'est impliqué dans la production de matériel pornographique.

Il faut remarquer tout d'abord que l'on peut voir sa responsabilité pénale exclue pour la détention de pédopornographie mettant en scène une personne majeure ayant l'aspect d'un mineur, mais que l'on peut voir sa responsabilité pénale engagée pour la production d'images réalistes reposant sur la mise en scène de cette même personne. Il y a une certaine incohérence dans la décision-cadre : alors que l'exhibition pornographique d'une personne majeure ayant l'aspect d'un mineur pourra ne pas être considérée comme relevant du champ d'application de la législation pénale, cette même exhibition qui servira de support à la réalisation d'images réalistes de pédopornographie ne pourra bénéficier de la même exonération. Il nous semble difficile de comprendre cette différence : si de tels matériels ne peuvent servir de support à la réalisation d'images réalistes pédopornographiques (ce qui se comprend très bien), pourquoi donc un individu peut-il se voir exonérer de sa responsabilité pénale pour la production de tels matériels ?

Il règne une certaine incohérence dans ces différents cas d'exonération de responsabilité. Certes, l'exclusion de responsabilité pénale peut se justifier dans le cas d'une personne majeure ayant l'apparence d'une personne mineure : étant majeure, la personne peut consentir librement à la représentation de son corps, même si on peut regretter cette exonération. En effet, la personne sera probablement « recrutée » du fait de cette apparence, apparence qui sera accentuée « grâce » à divers moyens esthétiques ou du fait d'un contexte particulier qui donnera clairement l'impression pour le spectateur de se retrouver face à du matériel pédopornographique. Il y a volonté explicite de l'auteur du matériel pornographique de représenter un enfant se livrant à un comportement sexuel et d'entretenir la confusion dans l'esprit du spectateur. Mais dès lors que les auteurs de ces images auront prouvé la majorité des acteurs, la représentation de ces scènes pseudo-pédopornographiques pourra-t-elle circuler en toute liberté sur la Toile ? L'autorisation de tels sites est non seulement de nature à inciter des individus à commettre des infractions sexuelles sur des enfants mais aussi de conférer un sentiment d'impunité pénale à d'autres auteurs de matériel pédopornographique en réalisant que la justice ne poursuit pas les producteurs d'images d' « enfants » se livrant à des comportements sexuels.

Cette exonération de responsabilité dans ce cas devient difficilement justifiable au regard de la volonté manifeste de l'auteur de réaliser un matériel pédopornographique. Celle-ci est d'autant plus injustifiable au regard ce qui a été exposé dans les lignes précédentes à savoir que l'utilisation d'un tel matériel comme support de réalisation d'images pédopornographiques virtuelles privera l'auteur de toute exonération de responsabilité pénale. On trouvera difficilement une telle justification à cette différence, peut-être la difficulté d'apporter la preuve de la majorité des « acteurs ».

Par le jeu des différentes exonérations de responsabilité que l'Etat peut mettre en œuvre, on s'aperçoit que l'harmonisation est impossible et que l'on ne pourra obtenir une protection homogène de l'image de l'enfant au sein de l'Union européenne. Cependant, pour éviter que l'article ne soit vidé de sa substance par le biais de ces exonérations, le Conseil l'a assortie de certaines conditions. Malgré celles-ci, la protection de l'image de l'enfant nous semble impossible à mettre en œuvre.

¹³⁵ Article 3§2 b) de la décision-cadre.

¹³⁶ Rapport du 16 novembre 2007 de la Commission fondé sur l'article 12 de la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie COM(2007) 716 final

II. L'impossible restriction du champ d'application de ces exonérations de responsabilité pénale

Au vu des nombreux cas d'exonérations de responsabilité pénale, certaines délégations nationales, notamment l'Italie, avaient insisté pour assortir l'exercice de celles-ci de certaines conditions. Ces dernières avaient pour objectif non seulement de restreindre le champ d'application de ces cas d'exclusions, mais surtout de limiter le risque de diffusion sur le Réseau de ces documents pseudo-pédopornographiques. Toutefois, l'examen de ces conditions démontre leur inefficacité (A). Par ailleurs, l'ensemble des dispositions de la décision-cadre, en ce qu'elles visent à la protection de l'image de l'enfant, repose sur un critère impossible à mettre en œuvre. En effet, il est impossible de déterminer l'âge de l'enfant apparent, ou du moins cette détermination dépendra des juridictions nationales (B). Il est donc impossible de pouvoir prétendre à une harmonisation des incriminations.

A. L'inefficacité des conditions encadrant les exonérations de responsabilité pénale

Pour limiter cette restriction de l'incrimination de la pédopornographie entre l'âge de la majorité sexuelle et l'âge de dix-huit ans, les Etats ont apposé à cette exonération de responsabilité deux conditions, à savoir que d'une part : les images devront être produites et détenues avec l'accord de l'enfant (il en est heureux) et d'autre part, ces images ne pourront être détenues uniquement pour un usage privé. De même cette condition de « l'usage privé » a été apposée à la production d'images réalistes de pornographie enfantine.

Le consentement a été encadré par la décision-cadre qui précise que même s'il a été établi, « *ce consentement ne sera reconnu comme valable si, par exemple, l'auteur de l'infraction a pu l'obtenir en profitant de son âge plus avancé, de sa maturité, de sa position, de son statut, de son expérience ou de l'état de dépendance dans lequel se trouvait la victime à son égard.* » Cet encadrement restrictif du consentement est dû à la pression de la délégation italienne qui redoutait que des majeurs influencent indûment des mineurs ayant atteint la majorité sexuelle à donner leur accord pour la production et la détention du matériel pornographique les impliquant¹³⁷. On peut douter tout de même de la validité du comportement dans certains cas. Il ne faut pas oublier que cette condition d'exonération s'applique à des enfants en fonction de l'âge de la majorité sexuelle, soit tout de même selon une échelle de treize à dix-huit ans en fonction des pays. Nous nous permettons de douter du fait qu'un enfant de treize ans pourra prendre conscience de l'ensemble des répercussions de son acte, quand bien même son consentement pourrait être reconnu comme valable.

Par ailleurs, quel est le sens de « l'usage privé » pour les législations nationales et en particulier dans le monde virtuel ? Peut-on en déduire que cet « usage privé » peut s'appliquer à des communications privées sur Internet ? a priori non, cette communication relèverait alors de l'infraction de diffusion ou de transmission de pédopornographie sur le Réseau. Toutefois, cette notion sera sujette aux interprétations des juridictions nationales, d'autant que cela doit être considéré au vu d'une condition qui n'apparaît pas dans la clause d'exonération de responsabilité. En effet, l'article 3.2 b) ne dit rien de la diffusion de telles images, alors que le point c) suivant, sur l'exonération de responsabilité pour la production et la détention d'images d'enfants virtuels, pose expressément comme condition l'absence de risque de diffusion dudit matériel. Cette condition avait été inscrite dans l'article sous la pression de la délégation italienne car pour elle, la possession de ce matériel encourageait malgré tout la diffusion et devait donc être obligatoirement punissable selon la décision-

¹³⁷ Projet de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, document 9140/1/02 DROIPEN 32 REV 1, p3, tel que le rapporte Isabelle WATTIER dans son article *op.cit.* Voy. aussi Stéphanie BOSLY et Matthieu VAN RAVENSTEIN, « l'harmonisation des incriminations », in *Actualités de droit pénal européen, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, édition la Chartre, Bruxelles, 2003, n°9, p.40

cadre¹³⁸. La justification de cette condition s'impose peut-être dans le cadre de la production d'images réalistes de pédopornographie qui bien souvent sont réalisées par le biais d'un système informatique et sont d'autant plus susceptibles d'être diffusées sur la Toile. Toutefois, on peut tout de même s'interroger sur la pertinence de l'absence de la mention « sans aucun risque de diffusion » au sein de l'autre exonération de responsabilité.

Nous nous permettons donc de douter de l'utilité pratique de ces conditions nécessaires à l'exclusion de responsabilité pénale quant à la production et la détention d'images d'enfants de moins de dix-huit ans, en particulier dans un contexte de cybercriminalité dans lequel le moindre flou juridique entraîne la possibilité de diffuser des images pédopornographiques à des millions de personnes « grâce » au réseau électronique. Appliquée au sein du Web, cette exonération de responsabilité peut prendre des proportions inquiétantes. Par ailleurs, la décision-cadre repose en partie sur un critère impossible à résoudre : la détermination de l'âge de l'enfant représenté.

B. L'impossible détermination de l'âge de l'enfant représenté

Par ailleurs, se pose une question commune à l'ensemble des incriminations et des exonérations de responsabilité : comment sera-t-il possible de déterminer l'âge de la personne représentée dans le cas d'images d'enfants trouvées sur Internet ? La détermination de l'âge est une condition impérative pour réaliser les poursuites, et conditionne l'exercice des exonérations de responsabilité, à la fois pour la majorité sexuelle comme pour l'enfant apparent. Les autorités devront établir l'âge de la personne comme condition de la poursuite du producteur ou du détenteur de telles images et ce dernier devra en faire de même pour s'exonérer de sa responsabilité. Mais quels vont être les critères adéquats et pertinents qui permettront de présumer que la personne semble avoir raisonnablement moins de dix-huit ans ?

A défaut d'obtenir l'information auprès des producteurs de ce matériel avec l'ensemble des difficultés que cela comporte et laisser à la libre disposition sur le Web le matériel potentiellement pédopornographique, il faut alors déterminer ces critères de façon à éviter aussi une répression généralisée de tout matériel à caractère obscène, ce qui constituerait une atteinte à la liberté d'expression. S'il semble assez réaliste de pouvoir se prononcer dans le cas d'un enfant post-pubère, cela semble beaucoup moins évident de statuer sur le cas d'une personne en fin d'adolescence. Et par ailleurs, s'il peut déjà sembler difficile d'évaluer l'âge d'une personne réelle, on frémît à l'idée de devoir se pencher sur le cas des représentations d'individus fictifs. Or les juridictions devront répondre à cette question concernant l'âge des personnes de façon à pouvoir condamner le matériel.

Cette question s'est posée devant les tribunaux français. La loi française, à l'instar de la décision-cadre, incrimine dans son article 227-23 du code pénal « *le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique* ». Les juges des différents échelons de l'organe judiciaire ont dû se prononcer sur le point de savoir si la représentation d'un personnage de manga ayant l'apparence d'un mineur se livrant à des relations sexuelles pouvait être considérée comme du matériel pédopornographique¹³⁹. De fait si le personnage principal avait l'apparence d'un enfant, il était cependant majeur. Ceci avait été d'une part expliqué dans l'un des épisodes de la série japonaise et d'autre part l'apparence physique était due à l'utilisation par le dessinateur d'un style graphique particulier propre à l'univers du manga. La Cour d'appel, de façon à déterminer l'âge du personnage principal, s'est appuyée sur les caractéristiques morphologiques dudit personnage¹⁴⁰, à savoir qu' « *il présente incontestablement les caractéristiques d'un jeune enfant, compte tenu,*

¹³⁸ Stéphanie BOSLY et Matthieu VAN RAVENSTEIN, « l'harmonisation des incriminations », *op.cit.*, p.40

¹³⁹ Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 septembre 2007, inédit au Bulletin (affaire 06-16.927)

¹⁴⁰ Arrêt de la Cour d'appel de Douai du 30 juin 2006

notamment, de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui l'entourent, l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant ». Toutefois, si ce critère peut à nouveau se justifier dans le cas d'un enfant jeune, il semble de suite beaucoup moins évident dans le cas d'un enfant post-pubère¹⁴¹ ... En soi, la définition de ce qu'est l'image d'un enfant va donc dépendre des critères que développera chaque juridiction nationale. Cette belle incertitude juridique semble aussi mettre à la charge de l'inculpé une preuve impossible et sera source d'insécurité juridique. Il faut cependant relever que dans le cas de production d'images réalistes de pornographie d'enfants virtuels, l'exonération de responsabilité pénale ne peut être levée qu'à la condition que le matériel ne soit produit et détenu par le producteur uniquement pour son usage privé et que cette action ne comporte aucun risque de diffusion¹⁴². L'exonération de responsabilité n'est donc qu'étroitement envisagée et en aucun cas de tels matériels ne pourront être diffusés sur Internet sans que l'auteur ne subisse les foudres judiciaires pour son action.

De ces contradictions, il en résulte un certain goût amer pour la défense des droits des enfants et la lutte contre la pédopornographie. Certes, la décision-cadre, en donnant une définition large de l'enfant, accroît la protection des enfants, mais en laissant subsister des cas d'exonérations de responsabilité pénales assez considérables, le Conseil de l'Union semble réduire cette avancée à une peau de chagrin. Peau de chagrin qui va se trouver encore plus réduite par la liberté accordée aux Etats d'interpréter les concepts pénaux nécessaires pour l'application de la décision-cadre. Cet univers de différences limitera d'autant plus l'impossibilité de lutter d'une seule voix européenne contre la pédopornographie.

De par le jeu des nombreuses exonérations, l'Etat restera libre de ne pas modifier son droit pénal pour prendre en compte les avancées réalisées par la décision-cadre. Finalement, les progrès mis en œuvre par la décision-cadre ressemblent plus à un programme de bonnes intentions, à chaque Etat de modifier ou non sa législation selon son bon vouloir. L'harmonisation est d'autant plus remise en cause qu'aucune mesure n'est adoptée par l'instrument, et plus généralement au sein de l'Espace de sécurité, liberté et justice, pour harmoniser les structures nationales de droit pénal.

¹⁴¹ David LEFRANC « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé » in *Recueil Dalloz*, 2008 p. 827

¹⁴² Article 3.2 c) de la décision-cadre 2004/68/JAI

Section 2. Des concepts majeurs aux mains des Etats

Pour éviter de nombreux obstacles dus à la protection obsessionnelle des Etats de leur souveraineté, la construction de l'Espace de sécurité, justice et liberté va soigneusement s'abstraire à définir certains concepts essentiels quant à son objectif de parvenir à des poursuites identiques entre les Etats membres. Suite à son adoption, l'instrument européen va prendre place au sein des systèmes juridiques nationaux. Mais si l'instrument procède à une « harmonisation » des droits pénaux substantiels, il n'édicte aucune mesure en vue d'harmoniser les systèmes pénaux en général. Dès lors l'application de l'instrument variera considérablement selon les spécificités propres aux législations pénales nationales qui ne concernent pas les éléments constitutifs des infractions. Cette absence de rapprochement des concepts pénaux a été dénoncée par Daniel Flore comme « l'harmonisation en surface » (I)¹⁴³. Par ailleurs, la décision-cadre se garde bien de définir un des concepts fondamentaux quant à l'application de l'instrument européen : la pornographie (II).

I. Une « harmonisation en surface »

Cette harmonisation dite de façade, pour reprendre l'expression de Daniel Flore, est une critique commune à la plupart des instruments de l'espace de liberté, sécurité et justice dans son aspect droit pénal. Le Conseil JAI ne se donne pas les moyens de parvenir à une réelle harmonisation qui dépasserait celle du droit pénal substantiel. Nous pensons que cette harmonisation de façade doit s'entendre de façon plus large que celle de Daniel FLORE et recouvrir non seulement l'absence de définition commune des concepts de droit pénal (B), mais aussi l'impossibilité de parvenir à une application similaire entre les Etats des incriminations. Finalement, les Etats disposent quant à la définition des incriminations d'une certaine marge nationale d'appréciation à l'instar de celle dont l'Etat peut se prévaloir devant la Cour européenne des droits de l'homme (A).

A. La marge nationale d'appréciation des incriminations

S'il n'y avait pas la convention relative à la cybercriminalité, il aurait été difficile de savoir dans quelle mesure la décision-cadre pourrait être appliquée à Internet. On peut regretter l'absence de référence à cette dernière, alors qu'elle permet de mettre en lumière les termes de l'instrument européen et surtout d'apprécier ses répercussions à l'encontre de la cybercriminalité. Cependant, on peut reprendre les critiques formulées à l'égard de la Convention de la cybercriminalité à l'encontre de la décision-cadre. Ces instruments ne définissent qu'insuffisamment les termes des incriminations, ce qui donnera lieu indéniablement à une interprétation des juridictions nationales. Or, cette interprétation ne pourra être contrôlée par un organe européen.

Ainsi, que doit-on entendre par « diffusion » ? Selon le rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, comme vu précédemment¹⁴⁴, il faut entendre la distribution active du matériel incriminé sur le Réseau, sans que celle-ci s'adresse à une personne en particulier. Mais à partir de quel moment la « diffusion » sera-t-elle constituée ? Certaines législations adoptent des définitions différentes de cette notion: ainsi, pour certains Etats, la distribution est réalisée dès qu'un individu fait entrer une image illégale dans le cyberspace alors que dans d'autres pays, la distribution ne se produit qu'au niveau du centre informatique, du réseau ou du fournisseur de services internet.¹⁴⁵

De même les incriminations de distribution et de transmission peuvent donner lieu à des interprétations divergentes et, dès lors, entraîner des peines différentes. La Cour de cassation italienne a considéré que la communication dans un forum de discussion de matériel pédopornographique était

¹⁴³ Daniel FLORE « Une justice pénale européenne après Amsterdam ? », *Journal des tribunaux-Droit européen*, p.121

¹⁴⁴ V. supra, 1^{er} chapitre, section 2, I, B.

¹⁴⁵ ECAPT International *La violence contre les enfants dans le cyberspace*, op.cit., p.48

une communication de personne à personne et non pas une diffusion au sens de la loi italienne¹⁴⁶, même si par définition d'autres personnes peuvent avoir accès à ce forum et donc disposer de ce matériel à caractère pédopornographique.

La question doit se poser aussi pour la détention et l'acquisition de telles images. Ce qui est défini comme « *toute possession intentionnelle de ce matériel au sein d'un système informatique ou dans un moyen de stockage de données informatiques* » peut-il s'appliquer au crime d'accès tel qu'il est incriminé dans certaines juridictions, c'est à dire le fait d'avoir eu accès à des sites Internet pédopornographiques ou à la détention d'un logiciel de cryptage permettant à un individu de posséder impunément du matériel pornographique?

De même, la simple consultation de site web à caractère pédopornographique n'apparaît comme relevant des incriminations développées par la décision-cadre. Or certaines juridictions nationales adaptent les termes des incriminations de façon à condamner l'accès à ces sites. Ainsi, la Cour de cassation française¹⁴⁷, dans un arrêt du 5 janvier 2005, a refusé au nom du principe d'interprétation stricte de la loi pénale de condamner la simple consultation de pornographie infantile sur le Réseau en se fondant sur l'incrimination de détention en l'absence de tout enregistrement sur un support quelconque. Mais la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 mars 2005, a condamné le requérant pour avoir visionné de telles images car le seul fait de regarder des images provenant de la commission de l'infraction incriminée par l'article 227-23 du code pénal français constituait une infraction de recel de diffusion¹⁴⁸.

La lutte dans le cyberspace nécessite une extrême précision quant à la définition des termes de l'infraction. Au vu du support immatériel, et du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, il est impératif de s'affranchir de toute imprécision ce que la décision-cadre ne fait pas en se cantonnant à des termes généraux qui procurent toute liberté aux Etats. Il pourrait être possible d'obtenir une certaine harmonisation de ces incriminations par le truchement de la Cour de justice des communautés européennes. Toutefois, celle-ci, dans le cadre du troisième pilier n'est compétente que si elle est saisie par un Etat membre¹⁴⁹, ce qui reste difficile pour les instruments relatifs au rapprochement des droits pénaux au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, même s'il était possible de saisir la Cour de justice afin d'obtenir une définition commune des termes des incriminations, l'harmonisation ne pourra être réalisée tant que celle-ci ne sera pas plus approfondie et tendra à rapprocher les concepts nationaux de droits pénaux.

B. Les concepts divergents des droits pénaux nationaux

Outre qu'il n'existe donc pas une véritable harmonisation en ce qui concerne les éléments constitutifs des infractions, il n'existe surtout pas de rapprochement des concepts des droits pénaux, ce que Daniel FLORE désigne comme une « harmonisation de façade » ou « en surface ». En effet, il n'existe pas dans ce cas là d'harmonisation en trompe-l'œil : un consensus a été réalisé sur le fond sans avoir eu besoin de recourir à des réserves ou à des clauses d'exonération de responsabilité pénale. Il y a bien toutefois des divergences, mais celles-ci ne portent pas sur le fond, mais sur les structures et contextes nationaux de réception des instruments européens de droit pénal. En effet, les concepts de droits pénaux sont propres à chaque Etat. « *Il faut être en effet conscient qu'il ne suffit pas de s'entendre sur les éléments constitutifs d'une harmonisation pour garantir une harmonisation*

¹⁴⁶ Cour de Cassation italienne, 5^{ème} section pénale, arrêt du 3 février 2003 (n° 4900). Sur cette affaire, lire Giovanni MARIA RICCIO « La Cour de cassation italienne crée une différence entre la diffusion de pédopornographie via chat-room et via le Web » disponible à l'adresse <http://www.droit-technologie.org/actuality-651/la-cour-de-cassation-italienne-cree-une-difference-entre-la-diffusion.html>

¹⁴⁷ Ccass., crim, arrêt du 5 janvier 2005, affaire 04-82524

¹⁴⁸ CA de Paris (12^e Ch, sect. B) 24 mars 2005. V. la veille de Jordane SEGURA in Actualités juridiques-Pénal, 2005, p.39

¹⁴⁹ Article 35§7 TUE

effective. En effet, l'incrimination n'est qu'un élément d'un processus juridique d'élaboration juridique complexe qui se déroule en fonction des caractères spécifiques du droit interne de chaque Etat membre »¹⁵⁰. Il faut se rappeler que les instruments européens vont intervenir dans des pays de traditions juridiques aussi différentes que celles de la common law ou romano-germanique. Or s'il sera possible d'obtenir une définition précise des éléments constitutifs de l'incrimination par le biais, certes difficile mais imaginable, de la Cour de Justice, il sera en revanche impossible d'obtenir une définition commune des autres aspects de droit pénal qui demeurent propres à chaque Etat.

En effet, les décisions-cadres adoptées au sein du troisième pilier n'ont pas vocation à harmoniser les aspects du droit pénal qui ne touchent pas aux éléments constitutifs des incriminations. Or le champ de la responsabilité pénale, les formes de participation à l'infraction, les causes de justification ou d'excuse sont tout autant d'éléments capitaux nécessaires à une répression effective de ces comportements. Et si dans le meilleur des cas l'instrument y fait référence, cela sera fait d'une manière si vague que l'on ne pourra y reconnaître un quelconque rapprochement. Ainsi, certains instruments européens de droit pénal, comme la décision-cadre 2004/68/JAI, incriminent l'instigation, la participation, la complicité aux faits visés à titre principal et/ou la tentative de les commettre¹⁵¹ mais ils ne définissent pas ces notions. Les contours de celles-ci relèvent donc du droit interne de chaque Etat membre, ce qui peut entraîner de profondes divergences quant à l'inculpation des personnes.

Ainsi la tentative sera accomplie en droit français dès qu'elle sera « manifestée par un commencement d'exécution »¹⁵², elle ne sera considérée comme réalisée en droit allemand qu'à la condition que l'acte « commence immédiatement la réalisation des faits constitutifs du délit »¹⁵³, alors que le droit espagnol parle du coupable qui a commencé l'exécution de l'infraction directement par des actes extérieurs en ayant posé toute ou partie des actes qui objectivement devaient produire le résultat¹⁵⁴. Si dans le premier cas la tentative est déterminée par la simple existence d'un élément matériel, elle sera constituée par sa proximité par rapport à l'infraction consommée dans le second cas, alors qu'elle sera définie par la relation directe entre l'acte et l'exécution de l'infraction dans le dernier cas¹⁵⁵. Par ailleurs, en fonction des droits nationaux, l'auteur de la tentative ne sera pas forcément punissable dans les mêmes cas que l'auteur d'une infraction consommée. Ainsi, si dans la plupart des pays il y a une convergence dans les législations sur l'incrimination de la tentative de contravention et celle de crime (la première sera rarement punissable tandis que la seconde le sera toujours) il en va différemment de la tentative de délit qui, selon les Etats et selon les cas, fera ou non l'objet de poursuites¹⁵⁶. Enfin la tentative ne sera pas obligatoirement punie de la même peine qu'une infraction consommée comme cela est le cas en France. Ce constat des divergences des droits pénaux au niveau de la tentative peut être établi pour la participation¹⁵⁷ ou l'instigation des crimes. Enfin, l'article 3§1, par la mention « lorsqu'ils ne peuvent être légitimés », se réfère aux circonstances atténuantes propres à chaque système pénal des Etats.

¹⁵⁰ Daniel FLORE, *op.cit.*, p.123.

¹⁵¹ V. l'article 1^{er} §3 de la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JO C 316 du 27 novembre 1995, p. 49), article 4§1^{er} de l' action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JO L 351 du 29 décembre 1998, p. 1, l'article 3§2 de la décision-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L 140 du 14 juin 2000, p. 1, article 5 de la décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces JO L 149 du 2 juin 2001, p. 1, l'article 4 de la décision-cadre 2003/80/JAI du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 29 du 5 février 2003, p.55.

¹⁵² Article 121-5 du code pénal français.

¹⁵³ Article 22 du code pénal allemand.

¹⁵⁴ Article 16 al 3 du code pénal espagnol.

¹⁵⁵ Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, éd° Dalloz, Paris, 2002, p.281.

¹⁵⁶ Jean PRADEL, *ibidem*, p.285

¹⁵⁷ Jean PRADEL, *ibidem*, p.318 et s.

L'« harmonisation » européenne est donc vraiment à tempérer au regard des divergences considérables entre les droits pénaux des Etats que se refusent à rapprocher les instruments de l'Espace de liberté, sécurité et justice. Les réticences des Etats à rapprocher les structures des droits pénaux des Etats membres se retrouvent aussi dans l'impossibilité d'harmoniser un concept majeur dans la lutte contre la pédopornographie : la pornographie.

II. L'absence de définition commune de la pornographie

Adopter une définition commune de la pornographie eut été une entreprise trop délicate pour le Conseil JAI qui se serait inévitablement soldée par un échec. Pourtant il s'agit d'un élément constitutif de la lutte contre la pédopornographie, mais les divergences entre les Etats sur cette notion sont trop étendues pour pouvoir faire l'objet d'un consensus. Ceci pose problème car cet élément constitutif ne sera défini que par les juridictions nationales et sera à géométrie variable selon les Etats (A). Il est regrettable que le Conseil n'ait pas saisi cette occasion pour développer d'autres concepts plus propices à la lutte contre ce phénomène criminel (B).

A. L'impossible accord sur la définition de la pornographie

Selon Henry Miller, « *discuter la nature et le sens de l'obscénité est presque aussi difficile que de parler de Dieu* »¹⁵⁸. L'obscénité et la pornographie sont deux notions qui s'entrecoupent et se distinguent, l'une devenant la définition ou la limite de l'autre selon les jurisprudences nationales. Dans tous les cas, il est extrêmement difficile de tenter d'adopter une définition commune de celles-ci.

Or, la décision-cadre commence à définir la pédopornographie à l'article 1.b) comme « *tout matériel pornographique représentant de manière visuelle...* ». Il est assez « *illogique et étonnant* »¹⁵⁹, pour reprendre l'expression du professeur Boisly, de se référer à la notion de « pornographie » pour définir la « pédopornographie » alors qu'elle constitue tout de même la racine de ce mot. On peut y voir une explication dans la volonté des institutions européennes d'exclure du champ d'application *ratione materiae* de la décision-cadre des hypothèses comme les photographies naturistes, des représentations artistiques ou scientifiques¹⁶⁰. On y retrouverait le troisième critère de la définition de la pornographie telle que développée par la jurisprudence américaine¹⁶¹. Cependant, ceci n'a pas été énoncé de manière suffisamment claire par l'instrument européen. Mais comme nous avons pu le voir¹⁶², la décision-cadre donne une définition partielle de la pornographie enfantine en se référant pour cela à certains comportements sexuels sur des mineurs, définition qui nous semble insatisfaisante en ce qu'elle présente de nombreuses lacunes dans la protection des enfants et qu'elle laisse une trop grande marge de manœuvre aux Etats dans la répression d'autres comportements pédopornographiques. Ce recours à une définition « imagée » et a minima illustre l'incapacité de l'Union européenne à établir une harmonisation des concepts fondamentaux pour la répression de fléaux graves. Ceci est d'autant plus grave que le Conseil se réfère à une notion qu'il ne peut définir pour tenter de fixer les contours d'une autre.

¹⁵⁸ Henry Miller, *L'obscénité et la loi de réflexion*, édition Éric Losfeld, Le Terrain vague, 1971, 42 p.

¹⁵⁹ Stéphanie BOSLY et Matthieu VAN RAVENSTEIN, « l'harmonisation des incriminations », *op.cit.*, p.40

¹⁶⁰ Etienne WERY « sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs », *op.cit.*, p.88

¹⁶¹ Miller v/ California : 413 U.S. 15 (1973). Selon la Cour suprême américaine, des publications peuvent être classées comme obscènes (et donc ne bénéficieront pas de la protection du premier amendement) seulement quand :

- a) prises dans leur ensemble, elles font appel à l'intérêt le plus lascif,
- b) quand elles dépeignent le comportement sexuel d'une manière ostensiblement outrageante au regard des normes contemporaines de la communauté,
- c) prises dans leur ensemble, elles n'ont aucune valeur sociale sérieuse, que ce soit littéraire, artistique, politique ou scientifique.

¹⁶² cf supra chapitre 1, section 2, II, A.

Comme le relève le professeur Boisly, il n'est pas aisé de déterminer quels sont les critères à retenir pour qu'il s'agisse de pornographie. En effet, la notion de pornographie se singularise par sa capacité à opposer les Etats. Il n'existe aucune définition universelle de celle-ci, elle dépendra invariablement de chaque Etat en fonction de considérations sexuelles, morales, éthiques et religieuses¹⁶³. En droit français, la pornographie ne constitue une infraction que si elle est exposée aux mineurs (art 227-24 CP) mais elle n'est pas réellement définie. Elle se présume surtout par le risque de traumatisme des mineurs ou son côté incitatif.

Par ailleurs les droits nationaux font souvent la différence entre pornographie « hard » et « soft ». Comme le relève l'association ECPAT, le matériel pornographique « hard » met en scène un enfant qui participe à des activités sexuelles explicites ou simulées où sont représentées des parties sexuelles du corps de l'enfant. La pornographie dite « soft » correspond à des images érotiques d'enfants, qu'ils soient nus ou non, où ces derniers deviennent des objets sexuels¹⁶⁴. Et certaines législations excluent cette considération érotique de toute répression : ainsi selon la jurisprudence française, le propre de l'ouvrage érotique est de glorifier, tout en le décrivant complaisamment, l'instinct amoureux, la « geste » amoureuse, tandis que les œuvres pornographiques au contraire, « *privant les rites de l'amour de tout leur contexte sentimental, décrivent seulement les mécanismes physiologiques et concourent à dépraver les mœurs s'ils en recherchent les déviations avec une prédilection visible* »¹⁶⁵. Pour certains Etats, l'auteur d'une photographie d'un enfant dénudé pourra être poursuivi devant les tribunaux, alors que celle-ci relèvera de la liberté d'expression devant d'autres juridictions.

Comme nous l'avons précédemment mentionné, le recours à la notion de pornographie nous semble insatisfaisant, en ce qu'il n'inclut pas forcément la représentation érotique. Par ailleurs, il est aussi délicat de se référer à la notion de pornographie qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux adultes et semble impliquer le « consentement ». Or il y a un risque de consacrer ce concept qui s'appliquerait à la fois aux adultes et aux mineurs : le contenu pédopornographique ne serait incriminé qu'à la condition qu'il soit pornographique, indépendamment du sujet représenté. Pour la protection des mineurs, il est impératif de suivre l'exemple des jurisprudences majoritaires qui s'affranchissent de cette tautologie et transforme la pornographie en une notion à géométrie variable dépendant du sujet impliqué¹⁶⁶. Mais cela conduit à une approche différente selon les juridictions.

Ainsi, comme le relève le Parlement européen « *toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographie* »¹⁶⁷. Il est peut-être alors nécessaire de rechercher d'autres concepts plus propices à la lutte contre les atteintes sexuelles commises à l'encontre des enfants.

¹⁶³ Logan M.JONES, « Regulating child pornography on the Internet – the implications of Article 34 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », *International Journal of Children's Rights*, 1998, vol.6, Ed. Kluwer Law International, p.57.

¹⁶⁴ ECPAT international, *la violence contre les enfants dans le cyberspace*, op.cit., p.41

¹⁶⁵ Tribunal correctionnel de Paris, 5 octobre 1972, *Gazette du Palais*, 1973, 1, p.211.

¹⁶⁶ Etienne WERY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, op.cit., p.89.

¹⁶⁷ Parlement européen, *Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie*, 24 sept. 1993, PE 204.502

B. La recherche de nouveaux concepts ?

Cela eut pu être l'occasion de promouvoir de nouveaux concepts de façon à limiter les atteintes aux mineurs, à savoir : le concept de « dignité de l'enfant » ou de *child abuse image*. La première notion, que l'on pourrait considérer comme le pendant de la dignité humaine dans sa version relative à la protection d'une catégorie encore plus vulnérable de l'humanité à savoir l'enfant, est consacrée par la Convention internationale des droits de l'enfant qui s'appuie sur cette notion dans certains de ses articles¹⁶⁸. Elle n'a pas fait, à ce qu'il nous semble, l'objet d'une quelconque définition dans la doctrine, même si cette notion est présente dans certains arrêts des juridictions nationales¹⁶⁹. Il serait possible de la définir en s'appuyant sur la notion de dignité humaine et en adaptant cette définition (ainsi, toute image susceptible ou de nature à porter atteinte à la dignité de l'enfant pourrait être incriminée). Toutefois, au vu de la difficile justiciabilité de la dignité humaine, il serait impossible de s'appuyer sur une version « enfantine » de ce concept. Enfin, cette notion viendrait heurter la conception étendue de liberté d'expression que revendiquent certains Etats et ne pourrait faire l'objet d'un consensus au sein d'un instrument européen.

Peut-être pourrait-on alors s'appuyer sur le concept de *child sexual abuse image*¹⁷⁰ ? Certaines organisations non gouvernementales préfèrent se référer à cette notion plutôt que d'avoir recours à celle de pornographie enfantine. Ainsi, l'association *Save the Children*¹⁷¹, même si elle reprend l'expression « pornographie enfantine » dans ses actes constitutifs du fait de la « reconnaissance universelle de ces termes », préfère se fonder sur la notion de *child sexual abuse image* qui permet surtout d'éviter de sous-estimer la gravité de l'acte et fait référence à l'exploitation sexuelle de l'enfant à l'origine de la représentation. En effet, il ne faut pas oublier que la majeure partie des représentations pédopornographiques ne sont que la représentation visuelle d'un enfant qui a subi des atteintes sexuelles, à l'exception des enfants dits « fictifs ». Par ailleurs, cette expression tranche clairement avec l'expression de pornographie. En effet, si du matériel pornographique a pu être réalisé avec le consentement des adultes et sera considéré a priori comme étant légal, ce terme ne peut être appliqué à du matériel qui représente les enfants dans des postures particulières ou de nature à leur porter atteinte. Cela évite de manipuler les enfants qui, au vu de la visualisation de ce matériel peuvent croire que l'enfant mis en scène participe de son plein gré et y prend du plaisir¹⁷². Le terme de *child sexual abuse image*, même si sa définition dépendra elle aussi invariablement des juridictions nationales, permettra tout de même une répression accrue de ces comportements, y compris la représentation érotique d'enfants et évitera une quelconque normalisation de ce comportement. A nos yeux, la notion d'abus sexuel doit s'entendre comme tout acte ou représentation à connotation sexuelle de nature ou susceptible de porter atteinte à l'enfant ou mettant l'enfant dans une situation contraire à la dignité de l'enfant. Cette acception est beaucoup plus large que celle du Conseil de l'Europe restreint la définition d'abus sexuel au fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant. De plus, l'emploi de cette notion de *child abuse image* permettrait de condamner la représentation d'images de violences commises sur des enfants : il ne faut pas oublier ce phénomène où des films sont tournés au cours de séances de tortures d'enfants ou lors de spectacles à caractère sado-masochistes.

Ainsi, il est impossible de pouvoir énoncer que les instruments européens harmonisent le droit pénal des Etats membres. Certes, on assiste par cette décision cadre à de réels efforts d'harmonisation

¹⁶⁸ Voy. notamment les articles 23, 28 et 39

¹⁶⁹ Nous n'avons pu explorer les arrêts des juridictions autres que françaises, mais on peut se référer aux arrêts de la Cour de cassation en sa chambre criminelle, arrêt des 11 janvier 2005 (n°04-86.210) et 1^{er} février 2006 (n°05-84.661)

¹⁷⁰ Nous préférons employer la version anglaise de ce concept qui nous paraît plus juste et adapté que sa version française « d'images d'abus sexuel de l'enfant ».

¹⁷¹ www.savethechildren.org

¹⁷² Cela permet notamment de lutter contre le recrutement d'enfants par le biais d'Internet à des fins d'exploitation sexuelle.

a minima vis à vis des incriminations de la pédopornographie, mais on ne peut qu'être déçu par cette décision-cadre au vu du rapprochement limité des éléments constitutifs des infractions. Les trop nombreuses clauses d'exonérations de responsabilités et autres techniques étatiques vident cet instrument européen des promesses dont il était porteur. Par ailleurs, sans un rapprochement des concepts de droit pénal, on ne peut parvenir à une réelle poursuite effective des criminels. Comme le relève Daniel Flore¹⁷³, « *l'harmonisation qui se limite à l'adoption d'éléments constitutifs communs d'infractions et au renvoi au droit interne des Etats membres pour le surplus (...) ne permet certainement pas que deux faits identiques commis dans deux Etats membres différents et jugés dans deux Etats membres différents soient jugés d'une manière convergente. Et on ne parle pas ici de convergence des politiques criminelles, mais bien de convergence des normes applicables* ». Toutefois, des infractions communes existent et les auteurs de celles-ci pourront être poursuivis devant les tribunaux et condamnés à des peines pénales. Toutefois, à côté de cette tentative d'harmonisation des législations pénales, les instruments de l'Espace de liberté, sécurité et justice ont mis en place des moyens originaux de contrôler les contenus illicites.

¹⁷³ Daniel FLORE « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *op.cit.*, p. 123.

SECONDE PARTIE : L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE ECLECTIQUE

La voie de l'harmonisation, même si elle semble la meilleure solution, n'a pu permettre de lutter efficacement contre la pornographie infantile. Mais les instruments de l'Espace pénal européen ont mis en place des systèmes de contrôle du Web. Ces systèmes reposent sur deux *mécanismes*. La première vise à renforcer les pouvoirs du juge de façon à assurer une effectivité des poursuites établies à l'encontre des producteurs de pornographie infantile. Pour assurer celles-ci, le juge national pourra s'appuyer sur un renforcement considérable de la coopération européenne (section 1).

Toutefois, le renforcement du contrôle judiciaire ne pourrait répondre aux défis que posent la pornographie sur Internet au vu de l'ampleur que prend ce phénomène. L'Europe pénale développe alors un autre mécanisme beaucoup plus original et vise à parvenir à une autorégulation du réseau. Ce mécanisme prend appui sur une collaboration originale entre les différents acteurs du réseau (autorités nationales, fournisseurs et Internaute) et se traduit par une efficacité accrue de la lutte contre les matériels à caractère pédopornographique. (section 2).

CHAPITRE 1 : UN JUGE NATIONAL EVOLUANT DANS UN SYSTEME JUDICIAIRE EUROPEEN

L'Europe pénale a pour but de renforcer les pouvoirs des juges nationaux grâce à la coopération internationale. Comme le rappelle la décision-cadre 2004/68/JAI, « *la coopération judiciaire doit être aussi étendue que possible* »¹⁷⁴ de façon à pouvoir lutter contre la criminalité organisée. Les instruments du troisième pilier et en particulier la décision-cadre relative à la pédopornographie vont accroître ses pouvoirs, d'une part en lui reconnaissant une compétence quasiment universelle et d'autre part, en consacrant le principe de reconnaissance mutuelle des décisions comme méthode d'intégration au sein de l'Europe pénale. Ces mesures ont donc vocation à rendre effective les poursuites nationales en leur donnant un poids à l'échelon européen (section 2). Mais le renforcement de la coopération entre les Etats nécessite au préalable une harmonisation du niveau des peines pénales, impératif à réaliser pour pouvoir appliquer les instruments concrétisant ce principe de reconnaissance mutuelle (mandat d'arrêt européen, décisions de gel de biens...). Par ailleurs, ce rapprochement des sanctions pénales constitue un pas nécessaire quant à l'affirmation du rôle de l'ELSJ. Comme le relève le professeur G.GIUDICELLI-DELAGE¹⁷⁵, « *au regard de la politique criminelle, l'harmonisation des sanctions constituerait pour la communauté internationale le premier élément visible d'une stratégie pénale de l'Union européenne, tandis que dans une Europe où la circulation n'est plus entravée, elle permettrait d'éviter la constitution de « sanctuaires » résultant de la trop grande disparité des législations pénales* ». Pour ces raisons il était donc impératif de tenter d'adopter des peines communes à l'échelle européenne.

Section 1 : La délicate mise en œuvre d'un système européen de sanctions pénales

Le Protocole à la Convention internationale des droits de l'enfant relatif à la vente, la prostitution et la pornographie des enfants impose aux Etats de « *rendre ces infractions [la vente, la prostitution, la pornographie des enfants] passibles de peines appropriées tenant compte de leur gravité* »¹⁷⁶. L'établissement de sanctions appropriées est nécessaire pour la répression de telles infractions, mais l'harmonisation de ces peines est d'autant plus impératif dans le cadre de la répression d'une activité criminelle transnationale. Il faut éviter de voir les criminels établir leur lieu principal d'activités en fonction du niveau des peines encourues au sein de l'Etat. Par ailleurs, le

¹⁷⁴ Décision-cadre 2004/68/JAI, 7^{ème} considérant. V. aussi le point 3.2.5 de la proposition de programme pluriannuel de la Commission pour la protection de l'enfant lors de l'utilisation d'Internet et des autres moyens de télécommunications du 27 février 2008 COM(2008) 106 final : celui-ci insiste sur la prise en compte de la coopération internationale dans les instruments développés pour la réalisation de ce programme.

¹⁷⁵ Geneviève GIUDICELLI-DELAGE « Introduction générale » in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY*, société de législation comparée, Paris 2003, p.8

¹⁷⁶ Article 3, paragraphe 3.

niveau de peine doit être suffisant de façon à réprimer de façon effective la répression de telles activités. L'Union européenne officialise alors, par l'instrument visant à la lutte contre la pédopornographie, la création d'un système commun de peines européennes (A), mais ce système trop complexe et insuffisant pose des difficultés quant à l'harmonisation effective des peines pénales en Europe (B). Il faut remarquer que les efforts de l'Union européenne sur les sanctions portent principalement sur les peines privatives de liberté, les autres mesures, même si elles sont mentionnées dans les instruments, relevant du libre arbitre des Etats. Or la peine privative de liberté ne constitue pas forcément la mesure adaptée pour réprimer certaines infractions comme le racisme ou la xénophobie. On peut remarquer là encore l'avancée de la décision-cadre relative à la pédopornographie qui impose à l'Etat de « *prendre les mesures nécessaires afin qu'une personne physique, qui a été condamnée pour l'une des infractions [relatives à la pédopornographie] visées aux articles 2, 3 ou 4, soit empêchée, le cas échéant, d'exercer, à titre provisoire ou définitif, des activités professionnelles liées à la surveillance d'enfants* »¹⁷⁷.

I. L'élaboration d'un système européen de peines communes

L'adoption du traité d'Amsterdam a marqué un véritable tournant dans l'adoption et le rapprochement des sanctions pénales au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice. Sur le fondement de l'article 31 e) du traité sur l'Union européenne,¹⁷⁸ le Conseil Justice et Affaires intérieures peut donc développer un véritable système pénal et adopter des sanctions pénales pour accroître l'effort de rapprochement entre les législations pénales des Etats membres. Deux avancées vont être réalisées au sein de l'ELSJ : d'une part les différents instruments adoptés au sein du troisième pilier vont fixer des peines pénales communes à l'ensemble des Etats (A). D'autre part, la décision-cadre apporte sa pierre à la construction d'un espace judiciaire européen efficace en adoptant un système permettant de procéder à une harmonisation des niveaux de peine entre les différents instruments (B). L'instrument met en place une véritable politique pénale européenne.

A. L'adoption de peines pénales communes

Depuis l'adoption du traité d'Amsterdam, la construction de l'espace de liberté, sécurité et de justice a fait un saut qualitatif dans l'adoption et l'harmonisation de standards européens de niveaux de peine. La plupart des instruments antérieurs au traité européen du 2 octobre 1997 se distinguaient par leur silence au sujet des peines à adopter pour réprimer les sanctions¹⁷⁹. Quelques instruments venaient toutefois briser ce silence en proclamant, selon la formule consacrée par la Cour de Justice des Communautés européennes¹⁸⁰, l'obligation pour les Etats d'adopter des sanctions « dissuasives, effectives et proportionnées »¹⁸¹. Certains instruments prévoyaient en outre des peines privatives de liberté pouvant donner lieu à extradition du fait de la gravité des infractions¹⁸². Il était donc impossible

¹⁷⁷ Sur une exception au refus de l'Union de statuer sur les mesures autres que répressives, voir l'article 5 §3 de la décision-cadre 2004/68/JAI

¹⁷⁸ Celui-ci dispose que « *l'action en commun dans le domaine de la coopération judiciaire en matière pénale vise entre autres à : (...) e) adopter progressivement des mesures instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et aux sanctions applicables dans les domaines de la criminalité organisée, du terrorisme et de trafic de drogue* ».

¹⁷⁹ V. action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 relative à l'action contre le racisme et à la xénophobie JO L 185 du 24 juillet 1996, pp. 5-7.

¹⁸⁰ Le standard commun des sanctions punitives, administratives comme pénales, au sein de l'Union européenne a été défini pour la première fois dans l'arrêt du 21 septembre 1989 de la CJCE « Commission contre République hellénique » ou « affaire du maïs grec ». Affaire 68/88, recueil de jurisprudence 1989 p.2965.

¹⁸¹ V. article 2§1 de l'action commune du 21 décembre 1998 98/733/JAI relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle JO L 351 du 29 décembre 1998, pp. 1-3

¹⁸² V. article 2§1 de la Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne JO C 316 du 27 novembre 1995, pp. 49-57, article 5§1 de la Convention relative à la

d'obtenir un réel rapprochement des sanctions par le biais de cette expression. En effet cette formule en premier lieu ne faisait pas référence à des peines répressives à caractère privative de liberté, et ne permettait pas non plus de parvenir à des sanctions communes dans le cas où les Etats avaient décidé d'adopter unanimement des peines pénales. Il faut se rappeler les divergences considérables entre le niveau des peines privatives de liberté entre les différents systèmes nationaux : ainsi la peine minimale privative de liberté va de un jour en Belgique à six mois en Espagne, et le maximum varie de 12 ans en Finlande, à 30 ans en France¹⁸³.

L'adoption du traité d'Amsterdam a marqué un véritable virage en direction du rapprochement des niveaux de sanctions pénales dans l'Union européenne. En effet, aujourd'hui, le Conseil JAI a assorti sa formule « consacrée » d'autres obligations. Ainsi non seulement les Etats doivent adopter des sanctions « dissuasives, effectives et proportionnées susceptibles de donner lieu à extradition », mais a été développé le système du « socle minimal de la peine maximale » formulé pour la première fois dans la décision-cadre du 29 mai 2000 sur la protection de l'euro contre le faux-monnayage¹⁸⁴. Repris dans la plupart des instruments adoptés par le Conseil JAI¹⁸⁵, ce système impose l'obligation pour les autorités nationales de prévoir des peines privatives de liberté dont le minimum de la peine maximale ne peut être inférieur à un nombre d'années d'emprisonnement déterminé. Ce système est encore source de conflits entre les Etats lors des discussions et rares sont les instruments où il parvient à s'imposer avec la même unanimité que lors des négociations sur la décision-cadre sur la protection de l'euro¹⁸⁶.

Ce système permet tout de même d'adopter de véritables standards de niveaux de peine qui ont pour objectif d'harmoniser les législations pénales à ce niveau, et donc, dans le cadre de la décision-cadre 2004/68/JAI, de lutter efficacement contre les auteurs et détenteurs de pornographie infantile. L'article 5 de cet instrument permet de pallier l'insuffisance de la Convention sur la Cybercriminalité en matière d'adoption de peines communes qui ne pose comme simple obligation celle de prendre des sanctions dissuasives, proportionnées et effectives¹⁸⁷. L'instrument du Conseil JAI prévoit différents niveaux de peines qui reflètent la gravité que le Conseil attache à certains actes. Ainsi, la contrainte exercée ou le profit tiré de l'exploitation sexuelle d'un enfant vaudra à l'auteur de ces actes une peine aggravée, de même si l'enfant n'avait pas atteint sa majorité sexuelle ou que sa vie ait été mise en danger.

lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne JO C 195 du 25 juin 1997, pp. 2–11. Par peine privative de liberté susceptible de donner lieu à extradition, on entend une peine privative de liberté d'au moins un an, seuil qui est prévu par l'article 2.1 de la Convention européenne d'extradition faite à Paris le 13 décembre 1957.

¹⁸³ Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD « tentative de modélisation » in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, société de législation comparée, Paris 2003, p.433

¹⁸⁴ Article 6 de la décision-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L 140 du 14.6.2000, p. 1–3.

¹⁸⁵ V. l'article 2 de la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime JO L 182 du 5.7.2001, p. 1–2 ; article 5§3 de la décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme JO L 164 du 22.6.2002, pp. 3-7 ; article 3§2 de la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains 2002/629/JAI JO du 1^{er} août 2002 L 203, p.1.

¹⁸⁶ Sauf dans quelques cas où les instruments se limitent à recourir aux sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives. V. l'article 6 de la décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces JO L 149 du 2.6.2001, p. 1–4, article 5§1 de la décision-cadre 2003/80/JAI du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 29 du 5 février 2003, pp.55-58

¹⁸⁷ L'article 13 de la Convention sur la Cybercriminalité se réfère à la formule « post-Amsterdam » dans son paragraphe 1 : « Chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour que les infractions pénales établies en application des articles 2 à 11 soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, comprenant des peines privatives de liberté. »

Il est à remarquer que la décision-cadre n'a pas fait l'objet de limitations aussi importantes que quelques-unes de ses homologues adoptées dans l'espace de liberté, sécurité et justice. Ainsi, lors des discussions à propos de la décision-cadre sur la lutte contre la traite des êtres humains¹⁸⁸, les Etats n'ont pu se mettre d'accord sur le montant de la peine pour les diverses incriminations énoncées à l'article 1^{er}, qui devront faire l'objet de sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives, susceptibles de donner lieu à extradition* »¹⁸⁹. Seul le fait que celles-ci soient réalisées dans certaines circonstances aggravantes¹⁹⁰ a permis de réunir le consentement des Etats pour un montant de peine commun. Au regard de la proposition de la Commission qui avait posé deux niveaux de peines (à savoir une peine de 6 ans, élevée à 10 ans en cas de circonstances aggravantes), il s'agit d'une véritable harmonisation à minima¹⁹¹.

De même, certaines décisions-cadres ne prévoient un socle minimal que pour les infractions les plus graves¹⁹² tandis que d'autres développent des régimes d'exceptions. Ainsi, la décision-cadre sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers permet aux Etats de fixer une peine maximale moins élevée lorsque la préservation de la cohérence de leur régime national des peines l'exige. Cette « harmonisation » des sanctions relève plus alors d'un système commun de peines à la carte. C'est faire le choix d'une harmonisation minimale qui satisfera l'ensemble des Etats mais qui ne permettra pas une réelle répression commune de ces infractions.

Au contraire, l'ensemble des comportements relatifs à la pédopornographie incriminés dans la proposition exposée par la Commission ont pu faire l'objet d'un accord sur le montant des peines. Outre les régimes de peines principales, l'instrument européen prévoit aussi une peine accessoire obligatoire, propre au domaine de l'exploitation sexuelle des enfants, à savoir que, si l'une des personnes est condamnée pour l'une des infractions visées par la décision-cadre, il ne pourra exercer des activités professionnelles liées à la surveillance des enfants (art. 5.3). Il y a là la volonté de protéger les enfants quelles que soient les activités de la personne, mais qui nécessite une reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, de façon à ce que la personne, par le passage d'une frontière, ne puisse échapper à cette sanction.

Enfin la décision-cadre énonce des sanctions particulières à l'encontre des personnes morales¹⁹³ : il pourra s'agir de sanctions pénales, mais aussi « *de mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide à caractère public; des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale; un placement sous surveillance judiciaire; une mesure judiciaire de dissolution, ou la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction.* ». On peut regretter que le Conseil JAI se refuse toujours à imposer une responsabilité pénale des personnes morales.

Toutefois, si le traité d'Amsterdam a permis l'adoption d'un système de peines pénales, le niveau de celles-ci pouvait différer d'un instrument à un autre, sans qu'il existât une harmonisation de celles-ci. Cependant, en même temps que les discussions sur l'élaboration de la décision-cadre sur la pédopornographie, les Etats ont choisi d'adopter une harmonisation des niveaux communs de peines.

¹⁸⁸ Décision-cadre du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains 2002/629/JAI *op. cit.*

¹⁸⁹ Article 5§1 de la décision-cadre.

¹⁹⁰ A savoir, selon l'article 3§2 : la mise en danger de la vie de la victime, le fait que celle-ci soit une victime particulièrement vulnérable, l'infraction a été commise en ayant recours à des violences graves ou dans le cadre d'une organisation criminelle.

¹⁹¹ Sur les limites du rapprochement en matière de sanctions, v. Simon CLAISSE et Jean-Sébastien. JAMART « L'harmonisation des sanctions » in Daniel FLORE (sdd) *Actualités de droit pénal européen*, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie, éditions La Charte, Paris, 2003, n°9, p.59 et s.

¹⁹² Article 6 de la décision-cadre du 29 mai 2000 contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro *op.cit.*, article 5§3 de la décision- cadre du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme *op.cit.*

¹⁹³ Article 7 de la décision-cadre sur la pédopornographie.

B. L'ébauche d'une première harmonisation des peines pénales

Les négociations sur la décision-cadre furent menées de front en même temps que les discussions au sein du Conseil relatives à l'harmonisation des sanctions dans l'espace de liberté, sécurité et justice¹⁹⁴. Le Conseil avait un double objectif : parvenir au rapprochement des peines tout en respectant la cohérence des systèmes de peines nationaux.

L'accord politique, adopté le 25 avril 2002¹⁹⁵, détermine les orientations générales pour le rapprochement des peines au sein des Etats membres de l'Union européenne et a permis de résoudre partiellement le problème qui était systématiquement apparu lors de négociations d'instruments d'harmonisation de sanctions, à savoir quelle méthode d'harmonisation fallait-il utiliser¹⁹⁶. Même si le texte laisse une certaine liberté dans le cadre des futures négociations, il établit des niveaux communs de peine dès lors que celles-ci sont fixées en commun. Ainsi, symbole de la liberté que les Etats conservent, ces orientations prévoient que « *dans certains cas, il pourra suffire de décider que les Etats membres doivent prévoir que les infractions considérées sont punissables de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives et laisser à chacun d'eux le soin de fixer le niveau des peines* » de façon à ce que « *les Etats membres puissent préserver la cohérence de leurs régimes nationaux de sanctions* »¹⁹⁷. Le Conseil recourt à la clause « pré-Amsterdam » pour permettre aux Etats de conserver la main-mise sur l'élaboration des sanctions. Cette liberté est d'autant plus large que le document ne mentionne les domaines dans lesquels elle pourrait s'exercer. Cette échappatoire démontre que l'harmonisation des sanctions est encore source de nombreuses divergences : s'il est possible d'obtenir l'accord des Etats pour harmoniser les éléments constitutifs de certaines infractions (à condition qu'il puisse exister certaines possibilités d'exonérations), le rapprochement des sanctions demeure encore extrêmement délicat. On retrouve ici la reproduction de la déclaration de l'Allemagne, de l'Autriche et du Danemark lors du Conseil JAI des 27 et 28 septembre 2001 selon laquelle « *tant que la question de principe de l'harmonisation des sanctions n'aura pas été résolue, aucun Etat membre n'est contraint de remplir une quelconque obligation qui, si elle était appliquée dans son droit national, compromettrait la cohérence de son système de sanctions* »¹⁹⁸.

Toutefois, dans les autres cas, les Etats auront la possibilité de se référer à une échelle commune de sanctions pénales qui sont divisées en fonction du minimum du maximum de la peine. Cette échelle comprend 4 niveaux de sanctions définis par une fourchette de temps fixe d'emprisonnement dans laquelle le maximum doit s'inscrire : ainsi les peines maximales relevant du 1^{er} niveau seront d'au moins un à trois ans, celles du 2nd niveau d'au moins deux à cinq années, celles du 3^{ème} niveau de cinq à dix ans, et les peines maximales relevant du 4^{ème} niveau ne pourront être inférieures à dix ans¹⁹⁹. Ce système a notamment été appliqué par la suite dans la décision-cadre concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des

¹⁹⁴ Sur l'ensemble de la procédure d'élaboration de ses conclusions et sur les différentes propositions étatiques, v. Simon CLAISSE et Jean-Sébastien JAMART « l'harmonisation des sanctions », in *Actualités de droit pénal européen, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, 2003, n°9, édition la Charte, Bruxelles, pp.73-76

¹⁹⁵ Conseil européen « Conclusions relatives à l'approche à suivre en vue d'une harmonisation des peines » doc 9141/02 du 27 mai 2002 DROIPEN 33

¹⁹⁶ L'harmonisation des sanctions a notamment été difficile à négocier dans la décision-cadre sur le blanchiment (JOCE, L182 du 5 juillet 2001, p1), sur la traite des êtres humains (JOCE, L203 du 1^{er} août 2002, p.1) et sur le terrorisme (JOCE, L164 du 22 juin 2002, p3). V. Simon CLAISSE et Jean-Sébastien JAMART « l'harmonisation des sanctions », *Actualités de droit pénal européen, in les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, sous la direction de Daniel FLORE, 2003, éditions La Charte, n°9, p.41.

¹⁹⁷ Document du Conseil européen « Conclusions relatives à l'approche à suivre en vue d'une harmonisation des peines », *op.cit.*, p.3.

¹⁹⁸ Document 14216/01 du Conseil de l'Union européenne du 3 décembre 2001 sur la proposition de décision-cadre relative à la traite des êtres humains DROIPEN 97 MIGR 90

¹⁹⁹ Document du Conseil européen « Conclusions relatives à l'approche à suivre en vue d'une harmonisation des peines », *op.cit.*, p.4.

infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue²⁰⁰. Ce système permet donc d'avoir une certaine cohérence dans les standards de peines pénales développées au sein de l'espace de liberté, sécurité et justice et surtout reflète les valeurs que souhaite protéger l'Union européenne. Ainsi, tout comportement qui heurterait particulièrement les principes fondamentaux de l'Union se verrait sanctionner de la peine maximale. Si ces valeurs fondamentales restent à déterminer, que doit-on déduire de l'année que risque le producteur de matériels à caractère pédopornographique ? Cette question traduit la limite des efforts auxquels sont parvenus les Etats pour élaborer un système de peines qui souffre d'une trop grande complexité et insuffisance.

II . Un système européen inachevé de peines communes

Le système défini par la décision-cadre souffre des maux caractéristiques de la logique de coopération qui innerve l'ensemble des instruments pris dans le cadre du troisième pilier de l'Union européenne. Il est nécessaire de réaliser des concessions de façon à parvenir à un consensus entre les 27. Des divergences nationales ne pourra naître qu'un système complexe permettant d'adopter différents niveaux de sanctions pénales (A). Par ailleurs, du fait du veto que détient chaque Etat à cause de la prise de décision à l'unanimité, la recherche de sanctions communes se fera a minima et le système se caractérisera par son insuffisance (B).

A. Un système complexe à géométrie variable

La décision-cadre prévoit donc, en se référant au système du socle minimal de la peine maximale tel qu'il a été harmonisé par les conclusions du Conseil, deux niveaux de peines principales privatives de liberté. Tel qu'il a été défini dans la décision-cadre, l'échelonnement des niveaux de peine manque cruellement de clarté, les peines dépendant tantôt de la nature de l'infraction, tantôt de certaines circonstances. Toutefois, cette complexité s'applique surtout aux infractions relevant de l'exploitation sexuelle des enfants

L'art 5.1 détermine le champ d'application du premier niveau de peine, à savoir que les infractions relevant de celui-ci devront être sanctionnées de peines dont le maximum ne pourra être inférieur à un à trois ans de privation de liberté. Relèvent de ce premier niveau de peine les infractions d'exploitation sexuelle qui ne relèvent pas du second niveau, soit les infractions liées à la pédopornographie à la condition qu'elles ne soient pas entachées de circonstances aggravantes.

Le second niveau de peine, en ce qui concerne toujours les infractions de la pédopornographie, s'appliquera de la production à la mise à disposition de pornographie infantile sur le net²⁰¹ à condition, d'une part que la victime n'ait pas atteint la majorité sexuelle conformément à la législation nationale et d'autre part que l'une des circonstances suivantes soit réalisée :

- leur auteur a délibérément ou par imprudence mis la vie de l'enfant en danger,
- les infractions ont été commises par recours à des violences graves ou ont causé un préjudice grave à l'enfant,
- elles ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI²⁰², quel que soit le niveau de la sanction prévue dans ladite action commune.

²⁰⁰ Article 4 de la décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, JO L 335, du 11 novembre 2004, p.8

²⁰¹ Infractions relevant de l'article 3, paragraphe 1, point a), b), et c). Ne relèveront donc pas du 2^{ème} niveau des peines les infractions relatives à la détention ou l'acquisition de pornographie infantile.

²⁰² Article 1^{er} de l'Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JOL 351 du 29 décembre 1998, pp1-3, entrée en vigueur le 19 décembre 1998.

Les faits devront alors être sanctionnés de peines privatives de liberté maximale d'une durée d'au moins cinq à dix ans²⁰³. On se rattache ici encore à la notion de majorité sexuelle avec toutes les différences déjà exposées que cela entraîne pour la protection des enfants²⁰⁴. Ainsi, dans un Etat où la majorité sexuelle est fixée à treize ans, la personne qui aura mis la vie d'un enfant de quatorze ans en danger lors de la production de pédopornographie ne relèvera que du premier niveau de la peine... N'établit-on pas une discrimination entre les victimes selon la législation nationale contraire à la charte européenne des droits fondamentaux et à son article 21 (interdiction de toute discrimination entre les citoyens de l'Union européenne et en particulier de son paragraphe 2 : discrimination fondée sur la nationalité)? On peut se poser aussi la question de l'utilité de la première des circonstances, à savoir si leur auteur a délibérément ou par imprudence mis la vie de l'enfant en danger. Mais la vie de tout enfant abusé n'est-elle pas mise en danger, fût-ce en raison des répercussions psychologiques²⁰⁵? On perçoit mal l'utilité de ces circonstances aggravantes dans le cadre de la pédopornographie et de sa diffusion sur la Toile. Est-il possible dans ce cas-là de parler de violences commises sur l'enfant ?

Il faut remarquer aussi l'exonération de peine pénale laissée à la discrétion de l'Etat pour la pornographie infantile impliquant des enfants fictifs : l'Etat est libre de « prévoir d'autres sanctions, y compris des sanctions ou mesures non pénales, pour les comportements ayant trait à la pédopornographie visée à l'article 1er, point b) iii) »²⁰⁶. On retrouve ici les divergences entre les Etats relatives à l'incrimination de la pornographie impliquant des enfants virtuels, d'où cette clause d'exonération : même si les Etats choisissent d'incriminer ce comportement, ils ont le choix de ne le sanctionner que de façon légère, une simple contravention par exemple, sans distinction du fait qu'il s'agisse de la production ou de la détention de ce genre de matériel. Ce paragraphe 4 de l'article 5 est emblématique de l'inaptitude des Etats à s'entendre sur l'harmonisation des incriminations et relève d'un second niveau de « l'harmonisation de façade » dénoncée par Daniel Flore où l'on incrimine le comportement, mais où l'Etat a d'une part le choix de sanctionner, et d'autre part la liberté de la sanction.

Dans le cas de la pédopornographie, les deux niveaux restent assez simples. Bien que cela ne fasse pas l'objet de cette étude, il est intéressant de se pencher brièvement sur le cas des sanctions qui s'attachent à l'incrimination des infractions d'exploitations sexuelles²⁰⁷. De notre avis, la complexité des niveaux de peines représente la difficulté au sein de la création de l'espace de liberté, sécurité et de justice à rapprocher les sanctions pénales. Ainsi, le 2nd niveau de peine s'applique alors tantôt au titre de peine principale, tantôt au titre de peine aggravée.

Le second niveau de peine, en tant que peine principale, s'appliquera aux infractions liées à l'exploitation sexuelle des enfants, à savoir le fait de contraindre un enfant à se livrer à la prostitution ou à participer à des spectacles pornographiques et le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant en faisant usage de la contrainte, de la force ou de menaces. En tant que peine aggravée, il faudra faire la distinction entre plusieurs hypothèses, et en fonction des circonstances aggravantes, dans lesquelles la majorité sexuelle sera différemment prise en compte, tantôt en tant que *circonstance aggravante séparée* (article 5-2 b) tantôt en tant qu'élément constitutif de l'infraction (article 5-2 c)²⁰⁸. Outre sa complexité, le système se caractérise aussi par ses limites en vue d'un rapprochement effectif des sanctions pénales.

²⁰³ Article 5.2 de la décision-cadre.

²⁰⁴ Lire supra Partie 1, Chapitre 2, section 1, 1.

²⁰⁵ Etienne WERY *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, *op.cit.*, p.83

²⁰⁶ Art. 5.4 de la décision-cadre.

²⁰⁷ Article 2 de la décision-cadre 2004/68/JAI

²⁰⁸ Pour plus de précisions sur le niveau des peines dans le cadre de l'exploitation sexuelle, v. Isabelle WATTIER « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle », RIDP 2007, édition Erès, vol 77, 1-2, p 227-228. Sur le rôle de la majorité sexuelle dans la détermination des sanctions pénales, v. Simon CLAISSE et Jean-Sébastien JAMART « l'harmonisation des incriminations », in

B. Un système insuffisant

La décision-cadre ne vient fixer que le seuil minimum de la peine maximale et laisse donc les Etats particulièrement libres à la fois quant à la fixation d'un seuil supérieur, mais surtout quant à la détermination d'un seuil inférieur²⁰⁹. C'est pourtant en fixant une peine minimale que l'on parvient au minimum de l'harmonisation nécessaire à la répression des comportements visés²¹⁰. Quel rapprochement peut-on rechercher lorsque les Etats n'ont aucune obligation réelle quant à la détermination des peines pénales ? Certes les Etats doivent incriminer de tels actes, mais ils demeurent libres de les sanctionner d'une simple contravention. On ne doute pas de la volonté des Etats de fixer effectivement une telle peine pénale, ce qu'ils semblent avoir fait selon le rapport réalisé par la Commission²¹¹. Mais l'amplitude du seuil minimum de la peine requis par l'instrument européen est extrêmement large : celui-ci peut varier entre un à trois ans, ou entre cinq à dix ans, et ne constitue pas la peine maximum. Au regard des différences entre les systèmes pénaux des Etats, on peut douter de parvenir à une sanction identique dans l'ensemble des pays. Il est évident que pour certains Etats, adeptes de peines fortes, le seuil fixé à dix ans constituera la sanction minimum, alors que des Etats comme la Suède ou la Finlande, modifieront avec réticence leurs législations de façon à atteindre le seuil minimum. Cette belle marge de variation cause une sévère limite à l'effort d'harmonisation des sanctions pénales que l'on pourrait plutôt qualifier « d'ersatz » d'harmonisation. On ne peut qu'être déçu des limites au rapprochement des peines dans l'espace pénal européen, alors qu'elle devrait en constituer une des priorités. Il aurait été nécessaire de définir un seuil minimal des peines de façon à harmoniser les législations. Toutefois, le Conseil ne pourra déterminer ce seuil que lorsque tous les Etats membres auront instauré le principe des peines minimales dans leur législation pénale²¹².

Enfin, même si les montants des peines étaient harmonisés dans les droits pénaux nationaux, ce ne serait encore qu'une harmonisation « de surface » étant donné le décalage qu'il peut y avoir entre la peine prévue par la loi et l'application qui en est faite. Comme le relève Anne Weyembergh, c'est toute la problématique du rapport entre les peines prévues par les législations nationales et leur application effective à l'issue du procès pénal. Même si les incriminations et le niveau de la peine sont identiques dans deux Etats, la sanction à la fin du procès pourra être extrêmement différente au vu des nombreuses circonstances susceptibles d'agir sur la détermination de celle-ci. Ces facteurs qui peuvent aggraver, atténuer ou supprimer la peine, sont extrêmement différents au sein des droits pénaux nationaux²¹³ et ne font pas l'objet d'un rapprochement quelconque au sein des institutions européennes. On peut tout de même saluer l'initiative de la présidence belge en 2001 qui a recensé les règles et paramètres à prendre en compte pour la détermination des peines en vue d'une approche

actualités de droit pénal européen, les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie, éditeur La Chartre, Bruxelles, 2003, n°9, pp.41-42.

²⁰⁹ Comme l'énonce l'article 31 e) TUE, il s'agit d'établir les règles minimales ...Toujours plus une logique de coopération inter-étatique qu'une logique d'intégration.

²¹⁰ Mireille DELMAS-MARTY « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité » in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, société de législation comparée, Paris 2003, 592p

²¹¹ Rapport de la Commission sur les mesures prises par les Etats en application de la décision-cadre 2004/68/JAI réalisé le 16 novembre 2007 COM (2007) 716 Final, p.7

²¹² V. la déclaration n°8 à l'acte final d'Amsterdam relative à l'art 31 selon laquelle le nouvel article européen ne peut avoir pour effet d'obliger un Etat membre à adopter des peines minimales si son système judiciaire n'en prévoit pas.

²¹³ Sur la diversité de ces circonstances en Europe, v. Jean PRADEL, *Droit pénal comparé*, 2^{ème} édition, édition Dalloz, Paris, 2002, pp. 325-351. Sur l'exemple de la libération conditionnelle, v. Anne WEYEMBERGH *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, éditions de l'université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, p.111.

cohérente des sanctions dans l'Union européenne²¹⁴. Cette initiative devrait être suivie d'une décision-cadre sur le rapprochement des sanctions pénales²¹⁵.

Certes la décision-cadre impose de prendre des peines de façon à sanctionner les actes relatifs à la pédopornographie. Toutefois, ce niveau de peine est extrêmement « léger » si on le compare à d'autres niveaux de peines établis par différentes décisions-cadres dans l'élaboration d'un espace de liberté, sécurité et justice pour des comportements que l'on pourrait qualifier de moins graves²¹⁶. Ainsi la décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro²¹⁷ prévoit un seuil de huit ans d'emprisonnement pour tout acte lié à la contrefaçon de la monnaie. De même, les infractions relatives au blanchiment d'argent devront faire l'objet de peines privatives de liberté dont le maximum encouru ne pourra être inférieur à quatre ans²¹⁸. De même les comportements d'aide à l'entrée et au transit irréguliers lorsqu'ils sont commis dans un but lucratif, et dans certaines circonstances devront faire l'objet de peines pénales d'au moins huit ans²¹⁹. Or selon la décision-cadre 2004/68/JAI le fait de produire de la pornographie mettant en scène des enfants ayant atteint la majorité sexuelle, même si leur vie est délibérément mise en danger, ne devra faire l'objet que d'une peine relevant du premier niveau, soit entre un et trois ans d'emprisonnement... Certes, les infractions économiques relèvent plus de la mission de l'Union européenne au vu de sa construction première, mais on peut regretter qu'elle ne fasse pas preuve de la même diligence dans la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants. On peut regretter aussi une certaine incohérence entre les instruments européens. Ainsi, une infraction commise à des fins de pornographie sur une personne particulièrement vulnérable (qui n'a pas atteint la majorité sexuelle selon la législation nationale, donc à un enfant) sera sujette à une peine d'au moins huit ans d'emprisonnement selon la décision-cadre sur la lutte contre la traite des êtres humains²²⁰ et d'une peine de dix ans selon l'instrument européen sur la pédopornographie...

Ceci est lié à la problématique plus générale du rapprochement des sanctions dans l'UE, qui ne permet pas d'assurer une cohérence entre les différentes initiatives. Toutefois, grâce au rapprochement établi par les conclusions du Conseil, on parvient à une première ébauche d'harmonisation et de cohérence dans l'établissement des niveaux de peine commun à l'ensemble des Etats.

²¹⁴ Document 9402/1/01 du 19 juillet 2001 (DROIPEN 50), et sa synthèse : document 12531/01 du 5 octobre 2001 (DROIPEN 84).

²¹⁵ V. le tableau de bord de la Commission sur la « mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un ESLJ dans l'Union européenne » dernière version : deuxième semestre 2003, COM/2003/0812 final, du 30 décembre 2003.

²¹⁶ Simon CLAISSE et Jean-Sébastien JAMART « l'harmonisation des sanctions », *Actualités de droit pénal européen, in les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, sous la direction de Daniel FLORE, 2003, éditions La Charte, Bruxelles, n°9, p.43

²¹⁷ JOCE, L140 I du 14 juin 2000

²¹⁸ Article 2 de la décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime JO L 182 du 5 juillet 2001, p. 1-2.

²¹⁹ Article 1§3 de la décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers JO L 328 du 5 décembre 2002, p. 1-3

²²⁰ Article 3§2 de la décision-cadre relative à la lutte contre la traite des êtres humains 2002/629/JAI JO du 1^{er} août 2002 L 203, p.1.

Section 2 : L'encadrement européen de l'effectivité de l'instance nationale

Harmoniser les incriminations et les sanctions au niveau européen ne suffit pas, il est impératif de permettre au juge d'avoir les moyens de poursuivre les auteurs des infractions. Or, les règles traditionnelles du droit pénal relatives à la poursuite se concilient difficilement avec les défis propres au cyberspace. En effet, l'application de la loi est traditionnellement limitée aux frontières de l'Etat, qui vont devenir un obstacle à l'application de la loi lors des enquêtes sur les cybercrimes. Les autorités nationales deviennent considérablement dépendantes de la coopération avec leurs homologues. L'action commune du 24 février 1997 conférait déjà aux juges nationaux l'obligation d'adopter une certaine compétence extra-territoriale lors d'infractions relatives à la traite des êtres humains²²¹. Mais les règles issues de la décision-cadre vont octroyer au juge une compétence de fait universelle (I) et les principes fondateurs de la construction de l'espace de liberté, sécurité et justice vont permettre au juge de se mouvoir dans un univers de droit européen. Par l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires, les décisions du juge national devront être respectées par l'ensemble des autorités des Etats membres comme si le ressort territorial de l'exécution des décisions de l'autorité judiciaire étatique était passé de l'échelon du pays à un échelon européen (II). L'Espace de liberté, sécurité et justice offre ainsi aux juges nationaux les moyens de lutter contre cette catégorie de « cyber-infractions ».

I. La consécration d'une compétence universelle

La compétence du juge en matière de cyber-infractions a fait couler beaucoup d'encre. Les règles attributives de compétence au sein du droit pénal démontrent la difficulté de celui-ci à s'adapter aux défis du cyberspace. Faut-il que dans cet espace virtuel que le juge national se considère comme juge « universel », compétent dès lors qu'un rattachement quelconque, si tenu soit-il, le justifie, ou doit-il se limiter à un rôle de juge « provincial », qui se garde de toute compétence qui déborderait de son champ traditionnel d'infraction²²² ? La décision-cadre a montré ici sa volonté de lutter fermement contre l'exploitation sexuelle en faisant application du principe de compétence territoriale aux infractions relatives à la pédopornographie sur Internet au juge national, ce qui lui confère une compétence universelle de fait (A). Cette compétence est indispensable à la lutte contre la pédopornographie sur Internet (B).

A. Des cyber-infractions réputées commises sur le territoire

Outre les règles attributives de compétences en ce qui concerne les infractions liées à l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie en générale, la décision-cadre impose une règle de compétence spécifique quant à l'utilisation d'un système informatique pour la commission de telles infractions. Ainsi, selon l'article 8§5, chaque Etat membre doit veiller à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction liée à la pédopornographie a été commise au moyen d'un système informatique auquel l'accès a été obtenu à partir de son territoire, que ce système informatique se trouve ou non sur ce dernier. Cette compétence du juge extrêmement étendue découle du principe de territorialité et d'ubiquité : le juge sera compétent dès lors que le message, même s'il émane d'un serveur localisé à l'étranger, sera perçu par des internautes sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. La loi française applique elle aussi le principe de territorialité²²³ aux infractions de cybercriminalité. Pour les juridictions, un rattachement suffisant existe avec le territoire

²²¹ Titre 2, §A de l'Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO L 63 du 4 mars 1997, p.2

²²² Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, Paris, 2004, p.342

²²³ Article 113-2 du code pénal français

de la République lorsqu'il est possible d'avoir accès, en France, à un site constitué à l'étranger²²⁴. Même si l'acte de mise à disposition est réalisé à l'étranger, il produit ses effets préjudiciables sur le territoire français dès lors que le contenu litigieux peut y être consulté²²⁵.

La décision-cadre apporte une réponse extrêmement simplifiée au problème qui pouvait surgir de l'infraction lorsqu'elle est commise au sein du cyberspace. Il suffit donc de pouvoir avoir accès à des contenus illicites au sein d'un Etat membre pour que les juridictions de cet Etat soient compétentes, quand bien même les responsables de ces faits se situeraient en dehors du territoire de l'Etat, qu'ils ne soient pas des citoyens ou résidents européens et que les victimes se soient pas des citoyens européens. Peu importe également que d'autres Etats, sur le territoire desquels l'accès au site était également possible, n'aient pas jugé nécessaire de poursuivre le responsable. N'exigeant en outre aucune condition de réciprocité, cette règle d'attribution de la compétence est extrêmement élargie et dépasse les règles attributives de compétences classiques pour les infractions relatives à l'exploitation sexuelle et la pornographie infantine commises dans le monde « réel ». Pour ces infractions sont applicables les principes de la territorialité, de l'ubiquité²²⁶ et de la personnalité active²²⁷. L'Etat doit aussi adopter les dispositions nécessaires pour établir sa compétence lorsque l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire²²⁸. Toutefois, l'alinéa suivant permet aux Etats « *de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies au paragraphe 1, points b) et c), lorsque l'infraction en cause a été commise en dehors de son territoire*²²⁹ ». Dès lors, les auteurs d'infractions relatives à l'exploitation sexuelle ou à la pornographie infantine pourront ne pas être poursuivis si l'infraction n'a aucun lien de rattachement avec le territoire de l'Etat. Comme le fait remarquer le professeur Isabelle WATTIER²³⁰, la condition selon laquelle l'infraction doit avoir été commise en dehors du territoire est légèrement « incongrue », le principe de la personnalité active et celui du « bénéficiaire moral résident », soit les règles de compétence extra-territoriale prévues par la décision-cadre, n'ont de sens que dans cette hypothèse. Si les faits ont été réalisés sur le territoire de l'Etat, sa compétence s'appliquera au titre de l'article 8 §1 a) de la décision cadre (principe de territorialité). Un Etat peut donc refuser d'exercer sa compétence extra-territoriale, sauf s'il n'extrade pas ses ressortissants (art. 8§3). Toutefois, entre les Etats membres, il faut tenir compte de la décision-cadre sur le nouveau mandat d'arrêt européen au sein de l'Union européenne où n'est pas reprise la règle de la non-extradition des nationaux²³¹.

Par ailleurs la décision-cadre ne consacre pas le principe de résidence active. Toutefois, il s'agirait ici de valider une compétence universelle à l'instar de celle attribuée au juge belge par sa législation. En effet, pourra faire l'objet de poursuites devant les juridictions belges l'auteur d'infractions sexuelles commises sur des mineurs de nationalité étrangère, par des auteurs étrangers, à l'étranger, si l'auteur est trouvé sur le territoire de la Belgique. Les règles relevant du droit de l'extradition auront vocation à s'appliquer, mais avec toutes les difficultés qu'impliquent la coopération internationale judiciaire.

La règle attributive de compétence en matière de cybercriminalité va donc plus loin que les règles déterminant la juridiction compétente pour des infractions dans le monde « réel ». D'autant que la décision-cadre ne fait référence à aucune qualification de l'infraction (crime, délit..) et s'affranchit

²²⁴ Emmanuel DREYER « La protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? », in *RTDH*, Bruylant/Nemesis, Bruxelles, 2003, n°54, p.588-589.

²²⁵ V. pour exemple l'arrêt de la Cour de Cassation, en sa chambre criminelle du 7 février 2007 Cyril X.../Ministère public, n° de pourvoi 06-87753, publié au bulletin.

²²⁶ Article 8 §1 a) de la décision-cadre

²²⁷ Article 8 §1 b) de la décision-cadre

²²⁸ Article 8 §1 c) de la décision-cadre

²²⁹ Article 8 §2

²³⁰ Isabelle WATTIER « la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle : la consécration d'une disparité », in *Revue internationale de droit pénal*, Erès, Bruxelles, 2007, vol 77, 1-2, p.232-233.

²³¹ Décision-cadre du Conseil 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, JO, L n°190, art 4 (a contrario). Cf infra, II de la même section.

des règles nationales qui pourraient venir limiter celle-ci²³². Elle ne fait pas non plus la différence entre la réalisation d'un fait ou d'un élément constitutif de l'infraction et l'accomplissement entier de l'infraction sur le territoire de l'Etat. Par ailleurs, la compétence du juge national pourrait être étendue aux cas de criminalité organisée lorsqu'un des faits commis sur un territoire de l'Union européenne est indivisible d'une infraction commise à l'étranger par une organisation de malfaiteurs.

Selon certains auteurs²³³, l'application des principes de territorialité et d'ubiquité aux infractions cybercriminelles revient à accorder aux juges nationaux une compétence de fait universelle. Certes, ces règles leur octroient une compétence élargie, mais on ne peut parler d'une véritable reconnaissance d'une compétence universelle. Celle-ci découle uniquement de l'application des règles de territorialité et d'ubiquité. Cette compétence s'appuie sur la volonté des Etats de lutter contre l'impunité des auteurs de ces infractions qui se réfugient dans certains « paradis informationnels »²³⁴.

B. L'impossible restriction à cette compétence

Cette compétence « universelle » relative à la cybercriminalité fait l'objet de plusieurs critiques : certains auteurs reprochent à celle-ci de constituer une sérieuse entrave à la liberté d'expression et de communication, de nuire à la liberté dont Internet représente le parangon. Par ailleurs, cette compétence universelle attribuée à chaque juge engendrerait de nombreux risques de conflits du fait de la multiplicité des droits. Le site Internet, pour ne pas être sanctionné, devrait donc être conforme à l'ensemble des législations, et ne faire alors part que de contenus « a minima », qui satisferaient à l'ensemble des standards internationaux. L'applicabilité de tous les droits existants au contenu du site serait source d'une totale insécurité juridique et ce serait imposer notamment la connaissance de la loi européenne à tout individu dont le site web serait accessible en Europe.

A ces critiques générales sur l'attribution de compétences au sein du cyberspace, il faut rappeler que l'infraction cybercriminelle ici en cause est liée à l'exploitation sexuelle des enfants. Il s'agit d'une norme internationale, reprise dans plusieurs instruments internationaux, et dont les comportements particulièrement odieux sont condamnés universellement. A cet égard, il faut remarquer que la définition de la pédopornographie telle qu'elle est exposée dans la décision-cadre, même si elle nous a paru insuffisante, permet au moins de rallier l'opinion de tous les Etats. L'administrateur du site web ne pourra être étonné des poursuites engagées contre lui au regard du matériel exposé sur la Toile²³⁵. Il ne s'agit pas ici d'imposer la connaissance de la loi pénale européenne partout dans le monde, mais d'assurer la protection de certaines valeurs universellement reconnues. Enfin, on peut soulever la question de la responsabilité de l'auteur de tels contenus exposés aux millions d'Internautes : « celui qui n'entend pas répondre, devant le monde entier, du contenu de ses messages n'a pas à les mettre ainsi en ligne à la disposition de tous »²³⁶.

²³² Ainsi on pourrait imaginer que le système français transpose aux infractions relatives à la cybercriminalité les règles de compétences pénales applicables aux délits commis à l'étranger par un Français: la loi française ne serait alors applicable qu'aux conditions suivantes : si les faits sont punis par la législation du pays où les faits ont été commis, que la poursuite soit exercée à la requête du Ministère public et qu'elle soit précédée soit d'une plainte de la victime ou de ses ayants droits, soit d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où les faits ont été commis. Or, jusqu'en 1998 (nouvel article 227-27-1 CP qui déroge à cette procédure) les délits de pédopornographie et de diffusion de contenus illicites relevaient donc de cette procédure complexe ce qui aurait pu constituer un obstacle certain à leur répression.

²³³ Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, éditions du Seuil, Paris, 2004, p.342 ; Michel VIVANT, « cybermonde : droit et droits des réseaux », in *JCP*, 1996, I, 3969

²³⁴ CEDH s'est montrée très réservée quant à cet argument : affaire Association Ekin c. France 17 juillet 2001, §62

²³⁵ Emmanuel DREYER, « La protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? » op.cit., p.591

²³⁶ Emmanuel DREYER, « La protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? » op.cit., p.591

La principale difficulté de la multiplicité de la compétence des juges relève de l'hostilité d'un membre d'une juridiction vis-à-vis de la décision d'une juridiction étrangère. C'est le cas de l'affaire Yahoo ! devant les juridictions françaises²³⁷. La société américaine avait mis en vente, sur son site de ventes aux enchères, des objets relatifs au nazisme. Cette exposition violait le droit français et constituait une infraction pour incitation à la haine raciale et apologie du nazisme²³⁸. Le juge des référés du TGI de Paris a enjoint la société américaine d'empêcher l'accès du site aux internautes cherchant à se connecter à partir du territoire français grâce à l'utilisation de certaines techniques de filtrage. Yahoo ! saisit alors le juge américain, qui refusa d'accorder l'exequatur à la décision du juge parisien sur le fondement de la clause de *free speech* du premier amendement de la constitution américaine. L'application de la décision d'un juge national risque donc de se heurter à la mauvaise volonté de l'émetteur du fait de la latitude à laquelle l'a habitué sa législation nationale²³⁹. Mais on ne peut valider la thèse avancée par la société américaine et fonder la compétence sur la loi du lieu d'origine : se référer à celui-ci reviendrait à « *conduire à l'écrasante domination de la loi américaine*²⁴⁰ et favoriser toutes les fuites frauduleuses vers les « paradis informationnels » qui ne sont pas de pures fictions »²⁴¹. Il vaut mieux privilégier la loi des effets, ce qui constitue la transposition des règles de conflits de lois du monde réel au monde virtuel. D'autant que cette transposition est possible grâce au recours aux techniques de filtrage²⁴² qui permettent de « *combinaison un certain relativisme judiciaire avec le caractère global de l'espace virtuel* »²⁴³. Toutefois, il s'agit ici non pas d'un conflit portant sur la liberté d'expression, mais sur la pédopornographie, sujet qui fait l'objet d'une reconnaissance universelle, à la fois sur le « vieux continent » que dans le « nouveau monde » : en effet les Etats-Unis ont ratifié la convention sur la cybercriminalité. Dès lors, tout matériel pédopornographique, tel qu'il est défini à la fois dans l'instrument des institutions de Bruxelles et de Strasbourg, ne pourra faire l'objet d'un conflit similaire à celui qui a opposé la société américaine au juge des référés du tribunal de Paris²⁴⁴.

Il faut tout de même tempérer ce constat par deux remarques : d'une part, il n'y aura aucun conflit qu'à la condition que les Etats n'émettent pas de réserves ou déclarations à l'article 9²⁴⁵, et d'autre part, l'absence de conflits ne jouera qu'entre les Etats parties à la Convention. La conception différente de la liberté d'expression dans d'autres pays pourra être source de litige, à l'instar de celle du Canada²⁴⁶.

²³⁷ TGI Paris, réf., 22 mai 2000, in *Communication Commerce Electronique*, 2000, comm. n°92 et 132, obs. J.-C. GALLOUX; JCP E 2000, II, 1856, obs. M. VIVANT. Pour un point de vue américain, approbateur : J. R. REIDENBERG, « l'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale », in *Communication Commerce Electronique*, 2001, chron. p.14 et s.

²³⁸ Il s'agissait ici d'une violation de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse (incitation à la haine raciale) et de l'article R. 645-1 CP (apologie du nazisme).

²³⁹ Anne LEPAGE, « Internet : un nouvel espace de délinquance » in *Actualités juridiques-Pénal*, Dalloz, Paris, 2005, n°6, p.220.

²⁴⁰ 55% des sites web à caractère pornographique ou pédopornographique sont domiciliés aux Etats-Unis d'après le rapport d'Internet Watch Foundation, cité par le Forum des Droits sur l'Internet « Les enfants du net II : pédopornographie et pédophilie sur l'Internet », rapport du 25 janvier 2005, consultable sur le site de l'organisation : <http://www.foruminternet.org/>

²⁴¹ Michel VIVANT « le commerce électronique, défi pour le juge », in *Dalloz Droit des Affaires*, éditions Dalloz, Paris, 2003, chron., p.675.

²⁴² Le filtrage ou « zoning » constitue une interdiction sélective par zone de réception.

²⁴³ Mireille DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, op.cit., p.343

²⁴⁴ Il faut tout de même apporter une nuance à cette remarque au vu des légères différences entre les deux instruments concernant la définition des matériels pédopornographiques et l'âge des enfants.

²⁴⁵ L'article 9 §4 permet aux Etats de ne pas incriminer les faits de détenir ou de procurer à autrui par le biais d'un système des matériels pédopornographiques, et il pourra ne pas incriminer la pornographie apparente ou fictive.

²⁴⁶ V. l'arrêt de la Cour suprême canadienne *R v. Sharpe* du 26 janvier 2001 [2001] 1 S.C.R. 45 et son commentaire : Sonja GROVER « Oppression of children intellectualized as free expression under the Canadian Charter : A reanalysis of the Sharpe possession of child pronography case », in *International Journal of Children's Rights*, 2003, vol.11, p.311.

Faut-il cependant comme le recommandent certains auteurs adopter un critère plus précis pour limiter cette compétence universelle ? La cour italienne de Rome²⁴⁷, en 2000, a décliné sa compétence en se référant au critère de la cible : en raison de caractéristiques comme la langue, le type de discours, la conception même du site, la nature de l'offre, manifestement adaptées à un public américain plutôt qu'italien, le juge en a conclu que l'Italie n'était pas la « cible » visée par le message²⁴⁸. Toutefois, il s'agit là d'une approche centrée sur le droit international privé et le commerce électronique en particulier et non pas orienté sur la une protection des droits des enfants. A nos yeux, cette jurisprudence ne devrait pas s'appliquer en matière pénale²⁴⁹, et en particulier dans la lutte contre l'exploitation sexuelle, car il ne s'agit pas d'un litige sur un contrat de publicité. On ne pourrait contourner la compétence du juge sous le prétexte que le site est dans une langue étrangère, d'autant plus que la production de matériel pédopornographique et la domiciliation de sites web se tournent aujourd'hui vers les pays d'Europe de l'Est. En se fondant sur un tel critère, on risquerait de ne pouvoir poursuivre ces sites, alors qu'ils restent accessibles très facilement grâce à des hyperliens. Rediriger le « spectateur » par des hyperliens vers de tels sites ou images relève de l'incrimination de diffusion de matériel pédopornographique, mais il nous paraît nécessaire de condamner surtout le contenu du site vers lequel le « spectateur » est renvoyé. Dans le cadre de la lutte contre la pédopornographie, surtout dans son acception visuelle telle qu'elle est envisagée par la décision-cadre, seules les images importent, quels que soient le langage ou les caractéristiques techniques du site.

Conséquence de cette compétence universelle, plusieurs juges pourront être saisis ou se saisir de la même affaire. On peut regretter l'absence de clause relative à la détermination de la juridiction compétente en cas de conflit positif de compétence. Cette clause, à l'instar de celle figurant dans la Convention sur la cybercriminalité²⁵⁰, était prévue dans le projet de décision-cadre²⁵¹, mais elle n'a pas été reprise dans l'instrument du 23 décembre 2003. Il est regrettable que le partage des compétences n'ait pu être réalisé sur un système identique à celui développé par l'article 10 de la décision-cadre 2005/222/JAI²⁵². Comme le relève le livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales²⁵³, du fait de la pluralité des poursuites dû à l'internationalisation des affaires, il devient nécessaire d'établir un mécanisme d'attribution des affaires aux Etats pour éviter de porter atteinte aux droits des victimes et des suspects. Il serait possible par exemple de s'appuyer sur Eurojust. Le collège est compétent en matière de criminalité grave, notamment sur la traite des êtres humains et sur la criminalité informatique²⁵⁴ et peut statuer sur des conflits de juridictions²⁵⁵.

²⁴⁷ Cour de Rome, 2000. V. P. Cerina Brosio, Italy, EIPR 2001, vol.13, n°2 (février), N-13

²⁴⁸ La Cour d'appel de Paris, par des arrêts du 26 février 2006 et 6 juin 2007, a repris ce critère en refusant l'application systématique de la compétence des juridictions françaises « il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué ». Toutefois, la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 mars 2007 (aff. 06-11522 06-11657), a approuvé la condamnation, sur le fondement de la concurrence déloyale, d'un site Internet étranger sans exiger préalablement que le consommateur français soit particulièrement visé par le site.

²⁴⁹ Il s'agit ici d'éviter que le demandeur se prête à la pratique du « forum shopping », c'est à dire de choisir la juridiction qui risque d'accueillir le plus favorablement ses prétentions.

²⁵⁰ Article 22§5 de la convention sur la cybercriminalité.

²⁵¹ Selon l'article 10 de la proposition de décision-cadre (JO du 27 février 2001, C 62 E, p.327) « lorsque plusieurs Etats membres sont compétents pour connaître des infractions faisant l'objet de la présente décision-cadre, les Etats membres concernés se consultent en vue de coordonner leurs actions et, partant, d'engager des poursuites effectives »

²⁵² Décision-cadre 2005/222/JAI du 24 février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, JO L 69, du 16 mars 2005, p.67

²⁵³ Livre vert sur les conflits de compétences et le principe *ne bis in idem* dans le cadre des procédures pénales du 23 décembre 2005, Com (2005) 696 final.

²⁵⁴ Article 4 de la décision 2002/187/JAI du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité (JO 2002 L 63 du 6 mars 2002, p.1)

²⁵⁵ Article 7 a. ii) de la décision 2002/187/JAI. Au vu des résultats décevants de l'application de cet article, la Commission a développé certaines propositions pour améliorer sa compétence (Communication de la Commission du 23 octobre 2007 Com (2007) 644 final p.6)

Les juges nationaux pourront donc être compétents sur l'ensemble des matériels à caractère pédopornographique dès lors qu'ils sont accessibles dans leur Etat. Cette compétence extraordinaire leur permettra de ne pas se voir opposer une exception préliminaire fondée sur la compétence *ratione loci*. Mais la compétence en elle seule ne suffit pas si les moyens accordés au juge ne lui permettent pas de poursuivre et condamner effectivement les auteurs de ces infractions. Or le principal atout de l'Espace de sécurité, justice et liberté réside dans l'érection du principe de coopération internationale qui confère au juge national les moyens pour lutter contre une criminalité transnationale.

II. L'ode à la coopération internationale

Entre l'anonymat de l'auteur, sa localisation indépendante du lieu où se réalisera son infraction, la difficulté de faire appliquer la sanction après avoir difficilement pu apporter la preuve de sa culpabilité, le juge national, seul face au monde virtuel, est mis en difficulté. Certes les nouveaux instruments européens apportent de nouveaux moyens techniques qui permettent de pourchasser le criminel (comme la conservation des données informatiques). Toutefois, ces nouveaux moyens ne suffiront pas à couronner de succès les poursuites engagées à l'encontre de l'auteur d'un site à caractère pédopornographique en l'absence d'une coopération internationale. Seule la coopération internationale peut permettre aux Etats d'atteindre les auteurs de ces cyber-infractions et de faire procéder au retrait d'un contenu illicite hébergé sur un autre territoire, d'identifier le propriétaire ou les visiteurs d'un site. Or, pour répondre à cette criminalité qui se moque des frontières physiques, les instruments européens du troisième pilier vont entonner un hymne à la coopération internationale. Cette partition va s'écrire en deux mouvements : d'une part, le premier, qui se jouera *moderato*, prendra la forme du principe d'entraide mutuelle que nous entendons comme l'échange d'informations entre les Etats (A). Puis le deuxième mouvement, *allegro* de la coopération internationale, érigera la reconnaissance mutuelle comme principe d'intégration de l'espace pénal (B).

A. L'émergence d'une obligation d'échange d'informations entre les Etats

En se basant sur le plan d'action communautaire pluriannuel de 1999 visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet²⁵⁶, le Conseil de l'UE a adopté le 29 mai 2000 la décision 2000/375/JAI relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet²⁵⁷ qui vise à mettre en œuvre, aux côtés de son volet législatif, un volet opérationnel. Cet instrument a notamment pour objectif de faciliter la détection et la poursuite des infractions liées à la pédopornographie sur l'Internet et à endiguer la diffusion de matériel de pédopornographie sur l'Internet grâce à une coopération entre les différents acteurs du réseau, les Internautes et les autorités nationales.

N'édicant aucune norme pénale, cette décision développe plusieurs aspects qui seront repris ultérieurement dans différents instruments²⁵⁸. Outre certaines dispositions imposant notamment la mise en place d'unités spécialisées au sein des services de répression, l'instrument impose un principe de coopération dans l'échange d'informations. La décision requière ainsi des Etats « *qu'ils assurent une coopération la plus large et la plus rapide possible pour faciliter la détection effective des*

²⁵⁶ Décision 276/1999/CE du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux, JOL 33 du 6 février 1999, p.1. Ce plan a été renouvelé pour la période 2005-2008 par la décision 854/2005/CE du 11 mai 2005 (JO L 149 du 11 juin 2005, p. 1)

²⁵⁷ Décision 2000/375/JAI du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet JOL 138 du 9 juin 2000, pp 1-4. Les EM ont dû mettre en œuvre les moyens prévus par la décision 2000/375/JAI pour le 31 décembre 2000.

²⁵⁸ V. par exemple l'article 3 de la décision qui constitue un prélude aux futures directives 2000/31/CE sur le commerce électronique et la responsabilité des fournisseurs, et la directive 2006/24/CE sur la rétention des données informatiques

*infractions commises dans le domaine de la pédopornographie sur l'Internet et la répression effective de celles-ci*²⁵⁹». Celle-ci se réalise par le biais des points de contacts entre les Etats membres, grâce aux organes inter-étatiques existants en matière de coopération policière et judiciaire (comme Europol et Interpol).

Ce principe de coopération va trouver un écho similaire mais plus conséquent dans la Convention sur la cybercriminalité²⁶⁰ pour assurer l'effectivité des enquêtes. Les Etats doivent limiter les obstacles à la transmission rapide et sans difficulté des informations, voire des preuves, au niveau international²⁶¹. Symbole de ce principe de coopération et d'entraide mutuelle, la Convention pose les bases d'un réseau permanent international relatif à la cybercriminalité (« le réseau 24/7 »)²⁶². Ce réseau international, s'appuyant sur les points de contacts nationaux, fonctionnera 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 pour assurer une assistance immédiate dans les enquêtes et les poursuites tombant dans le champ de la convention. Il s'agit du « *moyen le plus important pour s'assurer de l'adaptation des lois nationales aux défis posés par la cybercriminalité* »²⁶³.

Consécration de cette obligation de coopérer en vue d'échanger des informations entre les Etats, la convention sur la cybercriminalité envisage même, sous certaines conditions, la possibilité d'une information directe entre les autorités judiciaires²⁶⁴, d'une communication spontanée de ces informations²⁶⁵ et même d'avoir accès à des données relevant de systèmes informatiques présents sur le territoire d'un autre Etat sans requérir au préalable l'accord de celui-ci²⁶⁶. Mais le texte pose tout de même quelques limites en omettant de prévoir les conditions minimales de mise en place de ces dispositions en terme de délais ni de moyens utilisés²⁶⁷ (il faut tout de même limiter les atteintes au principe de territorialité).

Mais tout de même, en faisant abstraction de ces limites, il faut remarquer les efforts considérables réalisés par les Etats pour parvenir à une coopération en vue de lutter contre la cybercriminalité. Ce principe de coopération connaît une consécration l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle comme mode d'intégration de l'espace pénal européen. Celui-ci permet d'aboutir à l'exécution européenne des décisions nationales.

B. Le ressort européen de l'exécution des décisions nationales

Développé à l'origine au sein du droit communautaire, les Etats ont transposé le principe de reconnaissance mutuelle à la construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice de façon à assurer l'effectivité des décisions des juridictions nationales au sein de l'Union européenne. Devenu la « pierre angulaire » de l'espace de sécurité et de justice depuis le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999²⁶⁸, ce principe repose sur la confiance mutuelle entre les Etats membres et permet l'application européenne d'une décision d'une juridiction nationale. Le principe de reconnaissance mutuelle s'entend comme l'obligation pour tout Etat membre de reconnaître et d'exécuter toute décision prise par une autorité judiciaire d'un autre Etat membre, dans les meilleurs délais et avec un

²⁵⁹ Article 2 § 1 de la décision 2000/375/JAI

²⁶⁰ Article 23 de la Convention sur la Cybercriminalité, 23 novembre 2001, STE 185

²⁶¹ Peter CSONKA « The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime and Other European Initiatives », *in RIDP*, éditions Erès, Bruxelles, 2006, p.495.

²⁶² Article 35 de la Convention sur la cybercriminalité

²⁶³ Peter CSONKA « The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime and Other European Initiatives », *op.cit.*, p.496

²⁶⁴ Article 27 de la Convention sur la cybercriminalité

²⁶⁵ Article 26 de la Convention sur la cybercriminalité

²⁶⁶ Article 32 de la Convention sur la cybercriminalité

²⁶⁷ Philippe BOURE « Internet et la lutte contre la cybercriminalité », *in La Gazette du Palais*, 23 janvier 2003, n°23, p.19 et s.

²⁶⁸ §33 des conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere du 15-16 octobre 1999, SN 200/99

contrôle aussi limité que possible comme s'il s'agissait d'une décision nationale²⁶⁹. Ce modèle d'intégration vise à instaurer un espace à l'intérieur duquel les obstacles au bon fonctionnement de la coopération entre organes nationaux sont supprimés sur le modèle d'un Etat fédéral²⁷⁰.

Ce principe est à l'origine d'une évolution considérable de l'effectivité des décisions des juridictions nationales face à la criminalité transfrontalière. Il est devenu aujourd'hui le « fil rouge » de la construction de l'ELSJ, la méthode-clé d'intégration normative au sein de l'Europe pénale²⁷¹. Les avancées réalisées par le biais de cette clé de voûte de la méthode d'intégration permettent de dire que le juge national évolue dorénavant au sein d'un nouveau « ressort européen » grâce aux relations étroites établies entre les autorités judiciaires des autres Etats membres. La décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve²⁷² constitue le premier instrument du troisième pilier à appliquer le principe de la reconnaissance mutuelle à une décision précédant la phase de jugement. Les éléments de preuve visés par la décision-cadre sont des objets, documents ou données susceptibles de servir de pièces à conviction dans le cadre d'une procédure pénale.

Un autre développement considérable de ce principe de reconnaissance mutuelle est la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen par la décision-cadre 2002/584/JAI²⁷³. « *Première traduction d'importance du principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale*²⁷⁴ », la législation européenne révolutionne le droit de l'extradition en supprimant la phase administrative, prélude de la phase judiciaire, et en abandonnant l'exigence de double incrimination pour certaines infractions²⁷⁵. Les motifs de refus d'accorder l'extradition sont limitativement encadrés et la procédure est enfermée dans des délais stricts²⁷⁶. Le mandat d'arrêt européen, comme la décision-cadre 2002/584/JAI, mentionne expressément la pédopornographie et l'exploitation sexuelle des enfants²⁷⁷, ainsi que la cybercriminalité : dès lors que l'infraction est punie d'une peine de prison d'un maximum d'au moins trois ans de prison, il n'est pas requis l'exigence de double incrimination pour mettre à exécution le mandat européen.

Ce principe fait aussi l'objet d'autres décisions cadres qui viennent accroître la coopération entre les juridictions européennes²⁷⁸. Ainsi la décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006²⁷⁹

²⁶⁹ Myriam QUEMENER et Joël FERRY *Cybercriminalité : défi mondial et réponses*, éditions Economica, Paris, 2007, p.222.

²⁷⁰ Anne WEYEMBERGH « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective », in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Gilles de KERCHOVES (ssd) et Anne WEYEMBERGH, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p. 40.

²⁷¹ Stefano MANACORDA « La consolidation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : vers une « mise à l'écart » du rapprochement pénal ? » in *Revue de science criminelle*, 2007 p. 899

²⁷² Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO L 196 du 2 août 2003, p.45

²⁷³ Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18 juillet 2002, p. 1.

²⁷⁴ Pascal BEAUVAIS « Le droit européen et la création du droit » in *Les Petites Affiches*, 3 décembre 2007, n°241, p.14

²⁷⁵ La CJCE a validé la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen (arrêt du 3 mai 2007, Aff. C-303/05, Rec. 2007, p. I-03633)

²⁷⁶ Sur le mandat d'arrêt européen, v. Michel MASSE « Chronique internationale, l'entraide judiciaire internationale, version française-suite », in *Revue de sciences criminelles et de droit comparé*, Dalloz, Paris, 2005, p.952 ; Christine-Samantha ENDERLIN « Le mandat d'arrêt européen et son application en Europe », in *Actualités Juridiques-Pénal*, Dalloz, Paris, 2006, n°1, p.24 ; Valérie MALABAT « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », in *Droit pénal*, 2004, no 11, p. 6 ; Jean PRADEL, « Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1392.

²⁷⁷ Article 2 de la décision-cadre 2002/584/JAI.

²⁷⁸ Stephane MANACORDA, « l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne (2003-2004) », in *Revue de sciences criminelles*, Dalloz, p.969.

impose aux Etats membres de reconnaître et exécuter sur son territoire les décisions de confiscation des produits du crime rendues par les autorités judiciaires d'un autre Etat membre. De même, la commission a développé un projet de décision-cadre en vue de créer un mandat européen d'obtention de preuves²⁸⁰. Il semble qu'aujourd'hui la réalisation de l'ELSJ ne passe plus que par l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle, au point que l'Union européenne a cessé de procéder au rapprochement des législations pénales matérielles²⁸¹.

Ainsi, l'Espace pénal européen, par l'affirmation du principe de reconnaissance mutuelle des décisions, par l'établissement d'une compétence universelle et dans une certaine mesure par le rapprochement des sanctions permet de sanctionner des poursuites effectives à l'encontre de l'auteur d'un site web qui se trouverait sur le territoire de l'Union européenne. Le rapprochement des sanctions ne nous paraît pas un impératif pour la réalisation de la politique criminelle développée par l'Union européenne. Il s'agit d'un degré de qualité supérieur dans la réalisation d'une instance commune, le principal objectif étant de parvenir à une sanction du producteur, diffuseur ou détenteur de pornographie infantine. Le rapprochement des peines viendra par la suite. Outre les moyens élargis dévolus au juge national, l'Europe pénale tente de mettre en place une autorégulation du Réseau.

²⁷⁹ Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation JO L 328 du 24 novembre 2006, p.59

²⁸⁰ Proposition de la Commission de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, 14 novembre 2003, COM (2003) 688 final.

²⁸¹ Stefano MANACORDA « La consolidation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : vers une « mise à l'écart » du rapprochement pénal ? » *op.cit.*, 2007 p. 899

CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UNE AUTOREGULATION DE L'INTERNET

Au vu de l'ampleur du phénomène de la pédopornographie, des difficultés de certains services de police de trouver du temps et du personnel qualifié, ainsi que de l'encombrement des tribunaux, il était nécessaire de mettre en place d'autres systèmes de contrôles des contenus illicites. Or, le deuxième principe de la déclaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de la communication sur l'Internet²⁸² précise qu'il importe d'« encourager l'autorégulation et la corégulation à l'égard des contenus diffusés sur l'Internet ». Mais comment mettre en œuvre cette « auto-moralisation » du réseau au sein de l'ELSJ? Il a toujours été difficile de tenter de superviser le réseau : la création d'un contrôle orwellien sur les communications électroniques a toujours suscité de vives craintes au sein d'un cyberspace conçu comme l'apanage de la liberté. La conciliation des droits des internautes et la protection de certaines valeurs n'est pas évidente, mais l'Espace de liberté, sécurité et justice va y parvenir de manière originale en y associant les acteurs du secteur. La nécessité de cette collaboration a notamment été soulignée par l'adoption des *Lignes directrices pour la coopération entre organes de répression et fournisseurs de services internet contre la cybercriminalité*²⁸³ (A). Toutefois, d'autres mesures devront être mises en place pour assurer cette autorégulation (B).

Section 1 : la collaboration particulière des acteurs du réseau.

Cette collaboration est un peu « particulière » car elle ne résulte pas vraiment d'un choix des acteurs principaux du réseau. En effet, le premier aspect de cette collaboration résulte du régime de responsabilité mis en œuvre à l'encontre des fournisseurs. Celui-ci a été mis en œuvre pour éviter de multiples poursuites à l'égard des différents intermédiaires de façon à tenter de limiter la diffusion des matériels pédopornographiques, mais surtout d'attendre de ces intermédiaires une pratique plus responsable, plus raisonnable en vue de parvenir à cette autorégulation d'Internet. Mais ce régime de

²⁸² Comité des Ministres du Conseil de l'Europe *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet*, 840e réunion des Délégués des ministres, Strasbourg, 28 mai 2003.

²⁸³ Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Lignes directrices pour la coopération entre organes de répression et fournisseurs de services internet contre la cybercriminalité*, Strasbourg, le 2 avril 2008. Projet adopté pendant la conférence « coopération contre la cybercriminalité » des 1^{er}-2 avril 2008, Strasbourg. Le document est disponible sur le site du Conseil de l'Europe www.coe.int

responsabilité des différents intermédiaires techniques²⁸⁴ qui va être élaboré leur confère au final un rôle de juge des réseaux (I). Il s'agit plus d'une collaboration forcée. Par ailleurs, le second aspect de cette collaboration vise à la corégulation entre fournisseurs techniques, internautes et autorités judiciaires : les acteurs présent sur le Réseau – Internaute et fournisseurs – serviront ici d'assistants aux procureurs par la délivrance d'informations précieuses quant à l'effectivité des poursuites contre les contenus illicites présents sur l'Internet (II).

I. Les fournisseurs, juges délégués du réseau.

Selon le sixième principe de la déclaration du Conseil de l'Europe sur la liberté de la communication sur l'Internet²⁸⁵, la responsabilité des fournisseurs ne pouvait être envisagée que de façon limitée. Toutefois, il a été nécessaire d'adopter un instrument européen sur le régime de responsabilité applicable aux intermédiaires techniques du réseau suite à de nombreux procès dirigés à l'encontre des hébergeurs²⁸⁶. Le régime particulier relatif aux fournisseurs du Web va être élaboré par la directive 2000/31/CE. Certes cet instrument n'est pas issu du troisième pilier, mais certaines dispositions de l'instrument communautaire statuent sur le régime de responsabilité des fournisseurs pour les contenus illicites du Réseau. Ces dispositions vont avoir pour effet de déléguer la fonction de juge des contenus aux fournisseurs d'hébergement. On assiste là à un contrôle délégué qui peut conduire à certaines déviances. Ce régime repose pourtant sur une présomption d'irresponsabilité des fournisseurs d'hébergement (A). Toutefois, celle-ci ne pourra être opposée aux poursuites que si certaines conditions sont remplies. Ce sont ces conditions qui conduisent à faire des fournisseurs un organe de censure des matériels à caractère pornographique (B).

A. Une présomption d'irresponsabilité des intermédiaires techniques.

La plupart des instruments internationaux réglementant le cyberspace refusent de déclarer d'office une responsabilité pénale des fournisseurs techniques du réseau. Et pourtant, au vu des différentes incriminations développées dans la décision-cadre 2004/68/JAI, on pourrait envisager l'engagement de la responsabilité de ces acteurs en se fondant sur la complicité ou l'instigation. En effet, l'article 4 de l'instrument du 23 décembre 2003 sanctionne toute instigation ou complicité à l'une des infractions définies à l'article 3 de la décision-cadre, notamment toute diffusion, mise à disposition ou transmission de matériel à caractère pédopornographique. Or les fournisseurs d'accès et moteurs de recherche facilitent l'accès aux pages web litigieuses, en fournissant au serveur le moyen de commettre l'infraction. Sans ces intermédiaires techniques, le serveur ne pourrait se mettre au contact du public et diffuser des images d'exploitation sexuelle. Par ailleurs, l'instrument impose aux Etats d'établir leur compétence de poursuite à la fois à l'encontre des personnes physiques, mais aussi à l'encontre des personnes morales²⁸⁷. Matériellement la complicité peut donc paraître établie, et du fait de sa compétence territoriale, le juge national pourrait alors sanctionner ces intermédiaires²⁸⁸.

²⁸⁴ Sur la distinction entre ces différents acteurs techniques du Réseau – fournisseurs d'accès, d'hébergement, de contenus, d'infrastructures, serveurs – v. l'excellent article de Christophe VERDURE « les hébergeurs de sites web : victimes ou régulateurs de la société de l'information », in *DCCR*, 2005, n°68, p.34 et s., disponible sur le site www.droit-technologie.org

²⁸⁵ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, *op.cit.*

²⁸⁶ Notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans l'affaire qui opposait le site d'hébergement gratuit Altern.org à Estelle Hallyday. L'un des sites hébergés par Altern présentait des photos de cette personnalité sans son accord. La haute instance française a conclu à la responsabilité de la société d'hébergement (arrêt du) V. Thibault VERBIEST et Etienne WÉRY, «La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels», in *J.T.*, 2001, p. 165 et s.

²⁸⁷ Article 6 de la décision-cadre 2004/68/JAI, *op.cit.*

²⁸⁸ Emmanuel DREYER « la protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? », in *RTDH*, 2003, p. 600

On pourrait aussi comparer cette responsabilité avec la responsabilité pénale des directeurs de quotidiens et de revues qui répondent directement de leurs publications. Les éditeurs et les responsables de publications seront condamnés solidairement pour les contenus illégaux mis à disposition du public. L'idée d'assimiler la responsabilité pénale des fournisseurs d'accès à l'Internet à ce régime avait été exprimée par le Parlement européen²⁸⁹. Mais cette idée ne pouvait être reprise dans la décision-cadre au vu de la dimension technologique de la Toile, qui génère une présomption d'irresponsabilité des fournisseurs techniques.

La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000²⁹⁰ énonce clairement qu' « en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne [peut être] responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service »²⁹¹. Ce texte fait écho au sixième principe de la *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet* adoptée du Conseil de l'Europe. Cette irresponsabilité pénale est due à la dimension technologique de l'Internet. En effet, condamner les fournisseurs de service sur l'Internet nécessiterait de prouver l'élément moral de l'infraction. Or, celui-ci n'existe pas, les intermédiaires techniques n'ayant aucune connaissance réelle de l'information du fait des traitements automatisés des données²⁹². La convention sur la cybercriminalité se réfère au critère de l'intention : ainsi comme le relève le rapport explicatif, « il ne suffit pas [...] qu'un fournisseur de services serve d'intermédiaire pour la transmission de ce matériel, par le biais d'un site Web ou d'un bavardoir, entre autres moyens, en l'absence de l'intention requise en l'occurrence en droit interne [pour voir engager sa responsabilité] »²⁹³. L'intention coupable fait donc défaut dès lors que ces intermédiaires ignorent le contenu des informations qu'ils transportent ou auxquelles ils donnent accès. Et du fait du caractère automatique et incontrôlable du réseau, et même si on ne peut nier que leurs activités conduisent à une diffusion des matériels pédopornographiques, il n'y a donc aucun élément moral ce qui empêche toute poursuite.

Par ailleurs, il ne faudrait pas oublier non plus que le principal responsable de la diffusion du matériel pédopornographique reste le fournisseur de contenu. On ne peut substituer la responsabilité de celui-ci à celle du fournisseur d'accès ou d'hébergement du fait de l'impossibilité d'atteindre le serveur s'abritant au sein d'un « paradis informationnel ». L'impunité de l'un ne doit pas engendrer de nombreuses poursuites à l'encontre des fournisseurs d'accès pour trouver un coupable.

²⁸⁹ Proposition de résolution du Parlement européen sur le blocage des sites de pédophilie sur l'Internet (B5.0499/2000), élaborée à la suite de son rapport sur la proposition de la décision-cadre sur la lutte contre l'exploitation sexuelle et la pédopornographie (rapport du 31 mai 2001, Final A5-0206/2001)

²⁹⁰ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO L 178 du 17 juillet 2000, p.1

²⁹¹ Article 14 de la directive 2000/31/CE

²⁹² Emmanuel DREYER « la protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? », *op.cit.*, p. 600 ; Jean-François CHASSAING « l'Internet et le droit pénal », in *Recueil Dalloz*, Dalloz, Paris, 1996, p.334

²⁹³ Rapport explicatif à la Convention sur la cybercriminalité, point 105.

B. Des conditions particulières à cette irresponsabilité.

Toutefois, si les instruments ont établi une présomption d'irresponsabilité, celle-ci est conditionnée. Il faut faire la distinction entre les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. Les fournisseurs d'accès demeurent irresponsables, sauf si l'éditeur ou l'auteur du site a agi sous leur autorité ou leur contrôle ou s'ils n'ont pas déféré à une décision de justice²⁹⁴. Quant aux fournisseurs d'hébergement, leur responsabilité pénale repose sur le triptyque du « pouvoir - savoir - inertie »²⁹⁵. Il faut que ces trois conditions soient réunies pour que le prestataire, notamment le fournisseur d'hébergement, soit tenu responsable²⁹⁶ : l'intermédiaire technique qui, en toute connaissance de cause, refuse de prendre les mesures pour bloquer l'accès à un contenu pédopornographique verra logiquement sa responsabilité engagée²⁹⁷. Cette inaction sera assimilée à la volonté de favoriser la diffusion du message litigieux.

Le premier élément du triptyque « pouvoir – savoir - inertie » est un pré-requis nécessaire à tout engagement de responsabilité : le fournisseur doit détenir un contrôle physique effectif sur l'information, c'est-à-dire qu'il puisse retirer l'information ou en empêcher l'accès afin de cesser tout trouble sur le réseau²⁹⁸. Mais l'exercice d'un tel contrôle présuppose la connaissance de l'information : selon la directive européenne, la responsabilité est engagée dans deux cas :

- si le fournisseur a effectivement connaissance d'informations illicites,
- ou s'il a connaissance de faits ou circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente²⁹⁹.

Les termes « effectif » et « de fait » doivent « être compris comme renvoyant à une connaissance des faits avérés et certaine, constatable par ses propres moyens, par opposition à une connaissance supposée, dont le juge fait parfois usage »³⁰⁰. Il faut donc que le matériel soit manifestement à caractère pédopornographique (tel qu'il a été défini à l'article 1^{er} de la décision-cadre). S'il n'y a pas ce caractère manifeste, la responsabilité de l'hébergeur ne pourra être mise en cause : cela permet d'éviter une trop grande censure, et en cas de litige, il sera toujours possible de recourir à l'avis d'un juge.

Enfin, 3^{ème} branche du triptyque, la responsabilité du fournisseur d'hébergement sera engagée s'il n'a pas agi promptement pour retirer les informations ou bloquer l'accès au site ou à l'image. La directive européenne impose une obligation de célérité et de réaction à l'acteur technique, condition de son irresponsabilité.

Se posent alors de nombreuses questions auxquelles la directive ne répond pas. Ainsi, à partir de quand devra-t-on considérer que le fournisseur avait une connaissance effective du contenu du site web ou du forum de discussion ? La remarque d'un ou plusieurs internautes suffit-elle à constituer celle-ci ou cette connaissance est-elle liée à une procédure judiciaire ? Il ne fait aucun doute que si un juge intervient en ordonnant d'empêcher l'accès à un site, la connaissance sera supposée acquise, et l'inaction du fournisseur engagera sa responsabilité. Mais s'il s'agit de plaintes provenant d'internautes, on peut supposer que la décision se fera à la discrétion de l'intermédiaire technique en fonction de la qualité des informations. L'engagement de sa responsabilité dépendra des circonstances

²⁹⁴ Art 12 de la directive 2000/31/CE *op.cit.*

²⁹⁵ Trinôme avancé par la Commission européenne dans sa communication sur le *contenu illégal et préjudiciable sur Internet* du 16 octobre 1996 (COM (96) 487). V. aussi Michel VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », in *J.C.P. G.*, 1999. I. 180, p.2021.

²⁹⁶ V. Michel VIVANT, « *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet* », *op.cit.*, p. 2025.

²⁹⁷ Art 14 de la directive 2000/31/CE *op.cit.*

²⁹⁸ Caroline Vallet *La réglementation des contenus illicites circulant sur le réseau Internet en droit comparé, mémoire*, 2004, université de Laval, Québec, disponible sur le site web : http://www.memoireonline.com/12/05/13/m_memoire-reglementation-contenus-illicites-internet.html

²⁹⁹ Art 14 directive 2000/31/CE *op.cit.*

³⁰⁰ Michèle TABAROT, *Rapport n°608 sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique*, Assemblée Nationale, 11 février 2003, en ligne sur le site de l'Assemblée Nationale <http://www.assemblee-nat.fr>.

et des règles propres aux législations nationales³⁰¹. Devra t-on établir une présomption de connaissance ? L'information par le biais des hotlines constitue t-elle une connaissance suffisante ?

Finalement, comme le relève Caroline Vallet, cela revient à élever les acteurs du Web en « police des réseaux »³⁰². L'indécision relative quant au moment de leur connaissance peut les obliger à agir et censurer un site dès lors qu'ils ont connaissance de tout contenu qui semble illicite. Ils vont alors bloquer ou retirer le contenu sans qu'il n'y ait eu de contrôle judiciaire, alors qu'ils n'ont pas vraiment de réelles compétences juridiques. Ils se substituent ainsi aux juges ou « *se [voient] conférer, bon gré mal gré, une sorte de rôle policier, qui n'est le [leur]* ». Si cela peut causer de sérieux préjudices à la liberté d'expression dans d'autres domaines et causer une censure à géométrie variable selon les hébergeurs, la qualification de ce caractère illicite sera moins difficile à réaliser dans le cas de sites à caractère pédopornographiques. Par ailleurs, cette procédure permet de répondre de façon efficace à la sanction de tels sites : au vu de la volatilité de l'information, tout recours à un juge conduirait à la perte de tout moyen de sanctions contre l'auteur du contenu qui aura pu transférer son site au sein d'un hébergeur hors de portée des juridictions européennes. Mais par ailleurs, la censure d'une information licite engagerait la responsabilité du fournisseur. Toutefois, cette procédure ne conduira pas forcément à la disparition du matériel en cause. Si seul l'accès est bloqué, le fournisseur ne pouvant supprimer le contenu du site, l'accès au site sera toujours réalisable en passant par un fournisseur d'accès et un moteur de recherche étranger.

II. Des assistants numériques des procureurs.

En août 2004, un accord fut conclu entre la police allemande et les principaux fournisseurs d'accès Internet d'Allemagne pour lutter ensemble contre la pédopornographie : dès que sera porté à la connaissance d'un fournisseur un échange de données pédopornographiques, celui-ci en informera la police. Cette fourniture d'informations ne résulte pas de l'application du régime de responsabilité du fournisseur qui, pour ne pas être condamné suite à la connaissance d'un contenu illicite, informe la police de l'existence de celui-ci. Il s'agit d'un mécanisme original de collaboration faisant intervenir autorités judiciaires, fournisseurs techniques et internautes. A l'instar de l'acte conclu en Allemagne, la Commission a appelé à établir une coopération entre les différents acteurs du Web³⁰³. Cette coopération spécifique entre intermédiaires techniques et autorités judiciaires vont prendre deux aspects : d'une part, le premier, original qui inscrit l'action des internautes en amont de l'autorégulation du réseau par l'émergence d'un contrôle citoyen sur le réseau (A). Le second aspect de cette coopération place au contraire l'Internaute comme objet de la collaboration entre fournisseurs et autorités judiciaires en obligeant l'intermédiaire technique à conserver les données informatiques (B).

³⁰¹ Sur l'application de cette disposition en droit français et sur ces questions, lire Marc LÉVY et Emmanuel ESKINAZI « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité » in *La Gazette du Palais*, 19 avril 2005 n° 109, p. 33.

³⁰² Caroline Vallet *La réglementation des contenus illicites circulant sur le réseau Internet en droit comparé, mémoire, op.cit.*, p.85

³⁰³ COM(2007) 267 final du 22 mai 2007 Communication de la Commission au Parlement et au Conseil *Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité*, point 4.3

A. L'émergence d'un contrôle citoyen du Web

En se fondant sur le plan d'action communautaire pluriannuel de 1999 visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet³⁰⁴, le Conseil de l'UE a adopté le 29 mai 2000 la décision 2000/375/JAI relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet³⁰⁵ qui vise à mettre en œuvre, aux côtés de son volet législatif, un volet opérationnel. Cet instrument a notamment pour objectifs de faciliter la détection et la poursuite des infractions liées à la pédopornographie sur l'Internet et à endiguer la diffusion de matériel pédopornographique sur l'Internet grâce à une coopération entre les différents acteurs du réseau, les Internautes et les autorités nationales.

Cette coopération va être réalisée par la création de hotlines par les fournisseurs Internet. A l'instar des points de contacts nationaux entre les Etats, une « collaboration » entre acteurs du Web et internautes va être développée par la décision de 2000. Grâce aux fonds dévolus par le programme Daphné³⁰⁶, la décision va permettre à ces derniers de pouvoir porter à la connaissance des fournisseurs les sites qui leur semblent illicites³⁰⁷. Pour concourir à la répression des infractions fondées sur la pornographie enfantine, trois actions sont requises des fournisseurs :

- mettre en place un système facile d'utilisation permettant que le public les informe de l'existence de ce type de données ;
- informer promptement les autorités publiques de ces activités illicites ;
- porter à la connaissance du public les actions qu'ils mènent pour lutter contre ces activités illicites.

Même si la décision n'est pas à l'origine de la création de ces hotlines, l'appui de celle-ci et les fonds qu'a procuré l'Union européenne ont œuvré à leur succès. Les initiatives nationales ont pu se développer à l'échelle internationale par la création de l'organisation *Inhope*³⁰⁸. Dans le but de coordonner l'ensemble des hotlines, l'association *Childnet International*³⁰⁹ obtient en 1997 des institutions européennes un financement pour créer un forum international. Cette initiative devient le 23 novembre 1999 l'association *Inhope*. L'association a pour objectifs, notamment, de supprimer les matériaux à caractère pédopornographiques de l'Internet et de protéger les mineurs des contenus et des usages illégaux d'Internet. Soutenant les nouvelles hotlines européennes et extra-européennes, elle agit surtout en informant ses différents membres lorsqu'une dénonciation implique plusieurs pays en transmettant à ceux-ci les signalements qu'elle reçoit pour du matériel localisé dans leur pays. Cette information sera alors transmise par leur biais aux autorités judiciaires nationales.

Elle compte aujourd'hui 33 hotlines qui représentent 29 pays³¹⁰. L'association a traité plus d'1,9 millions de rapports depuis sa création, et en moyenne, établit plus de 9600 rapports confirmés de pornographie enfantine par mois³¹¹ ! Elle représente une source considérable d'informations pour

³⁰⁴ Décision 276/1999/CE du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux, JOL 33 du 6 février 1999, pp. 1-11. Ce plan a été renouvelé pour la période 2005-2008 par la décision 854/2005/CE du 11 mai 2005 (JO L 149 du 11.6.2005, p. 1-13)

³⁰⁵ Décision 2000/375/JAI relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet JOL 138 du 9 juin 2000, p.1. Les Etats membres ont dû mettre en œuvre les moyens prévus par la décision pour le 31 décembre 2000.

³⁰⁶ Programme d'action communautaire quadriennal (2000-2003) relatif à des mesures pour lutter contre la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes. Il a été créé par la décision n°293/2000/CE, du 24 janvier 2000 (JO L 34 du 9 février 2000, p.1) . A son expiration fin 2003, le programme a été remplacé par son successeur Daphné II qui couvre la période 2004-2008 (Décision 803/2004/CE du 21 avril 2004 JO L 34 du 30 avril 2004, p.1).

³⁰⁷ Article 1^{er} de la décision 2000/375/JAI.

³⁰⁸ www.inhope.org

³⁰⁹ <http://www.childnet-int.org/>

³¹⁰ Il peut y avoir plusieurs hotlines par pays, et les membres ne sont pas forcément issus de pays de l'Union européenne.

³¹¹ Sur l'ensemble des activités de l'association, lire le rapport d'activité de l'organisation établi en 2007 : « 2007 Global Internet Trend Report », septembre 2004-décembre 2006, disponible sur le site de l'organisation.

les fournisseurs et autorités judiciaires. L'aide aux hotlines est au cœur de la proposition de programme pluriannuel de la Commission pour la protection de l'enfant lors de l'utilisation d'Internet et des autres moyens de télécommunications³¹². Par la décision 2007/116/CE du 15 février 2007³¹³, la Commission a notamment réservé le numéro 116 000 dans tous les Etats membres de l'Union européenne comme numéro d'urgence concernant les enfants disparus.

En France, la loi sur la confiance dans l'économie numérique³¹⁴, qui transpose la directive 2000/31/CE, impose aux fournisseurs d'accès Internet et d'hébergement des systèmes accessibles et visibles permettant aux internautes de dénoncer les sites qui transmettent des images de mineurs à caractère pornographique³¹⁵. La loi française développe donc à l'encontre des fournisseurs une obligation de rapporter auprès des autorités judiciaires les rapports établis par les internautes. Il ne s'agit plus ici de faire peser une responsabilité du fait de la connaissance des contenus pédopornographiques (les acteurs en question sont à la fois des fournisseurs d'accès et d'hébergement), mais d'obliger l'ensemble des fournisseurs à transmettre aux autorités nationales les coordonnées des matériaux douteux. Par ailleurs, cette loi impose aux fournisseurs « de rendre publics les moyens qu'ils consacrent à la lutte contre ces activités illicites », ce qui revient à poser une obligation de mettre en œuvre des moyens pour lutter, notamment, contre les sites à caractère pédopornographique. Il s'agit donc d'une autre obligation indépendante de celle relative au signalement³¹⁶. On retrouve clairement ici la volonté des législateurs, européen comme nationaux, de parvenir à une autorégulation du réseau et à une collaboration entre fournisseurs et autorités nationales. Autre collaboration qui s'impose à cet « assistant numérique du procureur » : l'obligation de conserver les données.

Les lignes directrices adoptées³¹⁷ en avril 2008 à Strasbourg reprennent cette collaboration, et mettent aussi l'accent sur les obligations à la charge des autorités judiciaires de façon à ce que cette coopération ne soit pas unilatérale (échange de rapports écrits, formations, assistance techniques..) et aux dépens des intermédiaires techniques comme cela peut être le cas avec l'obligation pour les fournisseurs de conserver les données relatives au trafic des informations sur le Web.

B. L'obligation de conserver les données

L'article 3 de la décision 2000/375/JAI émettait la possibilité pour les Etats d'obliger les fournisseurs de services Internet à conserver les données liées au trafic en cas de présomption d'exploitation sexuelle. Cette obligation va être consacrée par plusieurs directives européennes : la directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la libre circulation de ces données³¹⁸ et la directive n° 2006/24/CE du 15 mars 2006³¹⁹ modifiant celle du 12 juillet 2002. Cette dernière établit un régime particulier concernant les données relatives

³¹² Proposition de programme pluriannuel de la Commission pour la protection de l'enfant lors de l'utilisation d'Internet et des autres moyens de télécommunications du 27 février 2008 COM(2008) 106 final

³¹³ Décision 2007/116/CE du 15 février 2007 sur la réservation de la série nationale des numéros commençant par «116» à des numéros harmonisés pour des services à valeur sociale harmonisés JO L 49 du 17 février 2007, p.30

³¹⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (loi LCEN)

³¹⁵ Article 6. I.7, al. 4 de la LCEN.

³¹⁶ Marc LÉVY Emmanuel ESKINAZI « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité », in *Gazette du Palais*, 19 avril 2005 n° 109, P. 33

³¹⁷ Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Lignes directrices pour la coopération entre organes de répression et fournisseurs de services internet contre la cybercriminalité*, op.cit.

³¹⁸ Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO n° L 201, 31 juill. 2002, p. 37

³¹⁹ Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO n° L 105, 13 avril 2006, p.54

aux communications d'un auteur d'infractions cybercriminelles. Il s'agit d'instruments du 1^{er} pilier mais ils ont des influences considérables sur le 3^{ème} pilier et participent à la réalisation de l'espace de sécurité, liberté et justice. Surtout ces directives vont permettre, par l'obligation de conserver les données, d'identifier l'ordinateur désirant se connecter à un site à caractère pédopornographique ou échangeant de telles images.

Les données en cause sont liées au trafic de l'information sur le réseau et non pas relatives au contenu du message transporté. Comme le rappelle l'article 1^{er} de la directive de 2006, aucune obligation générale de vigilance ou de contrôle des contenus ne peut être imposée aux différents fournisseurs. « Big Brother » de « 1984 » n'a pas sa place sur le réseau. Les données en question sont celles qui permettent toute action sur le Web, c'est-à-dire le nom, le prénom, le numéro de téléphone, l'adresse du courrier électronique ou le numéro IP de l'ordinateur³²⁰. Indispensables pour les différents intermédiaires techniques, ces informations permettent d'assurer le bon fonctionnement des réseaux et l'acheminement du contenu à son destinataire. Cette traçabilité des usagers des réseaux devient alors un instrument de preuve et d'enquête tant en matière pénale que civile.

Toutefois, au vu de la protection des données personnelles sur Internet, la directive 2002/58/CE avait imposé l'obligation pour le fournisseur d'un service de communications électroniques accessibles au public d'effacer ou de rendre anonymes les données traitées et stockées relatives au trafic concernant les abonnés et les utilisateurs dès lors qu'elles n'étaient plus nécessaires à la transmission des communications³²¹. Celui-ci, en tant que « porte d'entrée des réseaux de communications », permet aux internautes de pouvoir accéder à l'ensemble du Web, sites Internet comme forums de discussion. Dès lors, titulaire des données personnelles de l'internaute, il devait les protéger. Seule une clause d'exception permettait aux Etats, et ceci pour une durée limitée, d'adopter des mesures législatives prévoyant la conservation des données « pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques³²² ».

Sous la pression des Etats au vu de l'importance actuelle de l'utilisation du réseau pour commettre des infractions³²³, l'Union européenne a choisi d'amender ce régime en adoptant la directive 2006/24/CE sur la conservation des données : elle impose désormais aux fournisseurs de télécommunications de stocker les données relatives au trafic, soit les appels téléphoniques, les échanges de courriels et les connections Internet, pendant 6 à 24 mois³²⁴. Les dispositions dans les droits nationaux devront imposer aux fournisseurs de télécommunications de conserver les données :

- permettant de retrouver et identifier la source des communications
- permettant de retrouver et identifier la destination des communications
- permettant d'identifier la date, le temps et la durée des communications
- permettant d'identifier le type de communications
- permettant d'identifier les mécanismes de communication
- permettant d'identifier la localisation des équipements de communication mobile³²⁵.

³²⁰ Le protocole IP (Internet Protocol) permet l'acheminement des données entre deux équipements connectés au réseau. Chaque machine se voit attribuer une adresse unique, nommée « adresse IP », de façon permanente pour les équipements connectés en permanence ou de façon temporaire, pour les machines opérant des connexions ponctuelles à Internet, comme c'est le cas des micro-ordinateurs Pascal REYNAUD « Le fournisseur d'accès et la conservation des données engendrées par les communications électroniques » in Communication Commerce électronique n° 6, Juin 2005, p.19

³²¹ Article 6 de la directive 2002/58/CE

³²² Article 15§1 de la directive 2002/58/CE

³²³ Lire en particulier les considérants 7 et 11 de la directive 2006/24/CE.

³²⁴ La plupart des Etats membres ont annoncé leur décision de recourir à une clause du texte qui leur accorde trois ans au lieu des 18 mois habituels pour introduire cette clause dans leur législation nationale.

³²⁵ Article 5 de la directive 2006/24/CE

Ces données seront transmises aux autorités nationales compétentes « *dans des cas précis et conformément au droit interne* »³²⁶, ce qui laisse aux Etats une belle marge de manœuvre. Certes cela permettra des poursuites plus efficaces face à la lutte contre la pédopornographie sur Internet, mais il est impératif pour la protection de la vie privée que cette possibilité soit fortement encadrée. La proportionnalité et la nécessité du mandat de conservation des données ont été contestées, du fait que les quelques études qui démontreraient que la conservation des données permettait une lutte effective contre la cybercriminalité n'ont pas été remises à jour³²⁷. Il faut aussi prêter une certaine attention à la valeur probatoire de ces données. L'identification réalisée est celle d'un ordinateur et non d'une personne qui donc peut être sujet à des erreurs ou fraudes informatiques. Les incertitudes qui résultent des instruments européens concernant l'obligation de conserver les données mettent en lumière les prochains défis qu'il reste à réaliser dans la lutte contre la pédopornographie sur Internet. Certes, il est nécessaire de permettre aux services policiers d'avoir accès aux coordonnées des individus qui se sont connectés à un site à caractère pédopornographique, mais au vu de la multiplication des systèmes de conservations de données, il est nécessaire d'encadrer ceux-ci de façon à éviter la dissémination des informations.

Section 2 : Des nouveaux défis à réaliser

L'autorégulation du Web par l'action conjointe des Internautes et des fournisseurs est un mécanisme original qu'il faut préserver. Le fait d'un contrôle citoyen permet de revenir à l'idée d'origine conçue comme un espace de liberté pour chacun. Cette autorégulation doit toutefois aujourd'hui être encadrée de nouvelles conditions. Certains aspects n'ont pas été, ou peu, abordé comme la protection des droits des différents acteurs des procédures pénales relatives à la cybercriminalité, qu'ils soient victimes, suspects ou simple Internautes³²⁸ (I). Par ailleurs de façon à limiter la multiplication des procédures et des dénonciations des Internautes, il serait intéressant de mettre en place d'autres mécanismes préventifs ou faisant intervenir de nouveaux acteurs (II).

I. Des droits incertains

Il s'agit ici de considérer les droits de toute personne physique affectée par Internet, à la fois les victimes de la pornographie infantine et les suspects de ces infractions. A l'instar de toute procédure pénale, il est nécessaire de définir les droits des intervenants. L'une des critiques adressées à la construction de l'espace de liberté, sécurité et justice est de ne promouvoir qu'un aspect sécuritaire. Droits de l'homme et construction d'un espace pénal européen semblent difficilement se concilier : comme le relève Stefano Manocorda³²⁹, on observe un ralentissement certain de la prise ne compte des droits de l'homme dans la construction de l'ELSJ. Mais qu'en est-il à la pédopornographie et surtout à la difficile conciliation de droits de l'homme et cybercriminels ?(B). L'examen des instruments de l'Espace pénal européen démontre aussi l'absence de dispositions effectives relatives à la protection de la victime (A).

³²⁶ Article 4 de la directive 2006/24/CE

³²⁷ Paul DE HERT, Gloria GONZALEZ FUSTER, Bert-Jaap KOOPS "Fighting cybercrime in the two Europes. The added value of the EU framework decision and the Council of Europe convention", in *RIDP*, éd. Erès, Bruxelles, 2006, p. 503 ; Pascal REYNAUD « Le fournisseur d'accès et la conservation des données engendrées par les communications électroniques » in *Communication-Commerce électronique*, 2005, n°6, p.25

³²⁸ Sur la difficulté de concilier droits de l'homme et répression au sein de l'ELSJ, v. Henri LABAYLE « Droits de l'Homme et sécurité intérieure de l'Union européenne, l'équation impossible » in *Revue des affaires européennes*, 2006, n°1, p.93

³²⁹ Stefano MANACORDA « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice dans l'Union européenne » in *Revue de sciences criminelles*, 2006, p.881

A. Des droits limités de la victime

Seule disposition relative à la protection des victimes, l'article 9 dispose que les victimes doivent bénéficier du statut de victimes particulièrement vulnérables³³⁰ et que chaque Etat membre doit prendre toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la victime. Cet article s'applique aux infractions d'exploitation sexuelle, soit à l'atteinte sexuelle subie par des mineurs en vue de produire du matériel pédopornographique. Doit-on alors considérer que ces enfants ne subissent aucune atteinte du fait de la diffusion de ces images sur Internet ? Il est nécessaire d'opérer une distinction entre victime de l'exploitation sexuelle et victime de la pédopornographie, même si la production de matériel pornographique représentant des mineurs constitue une « *forme particulièrement grave d'exploitation sexuelle des enfants* »³³¹. Au vu de l'indétermination de la notion de pornographie et des limites de celle de pédopornographie, des enfants obligés de se livrer à des comportements ne relevant pas de l'exploitation sexuelle alors qu'il s'agit manifestement de pédopornographie, ne pourront pas alors se voir reconnaître le statut de victimes particulièrement vulnérables. Ainsi la photographie prise à la dérobée des organes génitaux ou de la région pubienne d'un enfant identifiable ne relèverait pas de l'exploitation sexuelle en l'absence de toute contrainte, recrutement ou participation à des activités sexuelles. L'enfant devra t-il être violé pour que son statut de victime d'exploitation sexuelle (par la représentation pédopornographique) soit reconnu ? L'enfant ne pourra donc pas bénéficier du statut de victime particulièrement vulnérable selon la décision-cadre, tout comme la personne de plus de 18 ans (l'enfant apparent), maquillé voire victime d'un traitement inhumain de façon à ce qu'il conserve un physique d'enfant.

La décision-cadre 2001/220/JAI vise à protéger les droits des victimes au cours des procédures pénales afin que celles-ci puissent jouer « *un rôle réel et approprié dans le système judiciaire pénal* »³³². Les Etats doivent aussi « *œuvrer à garantir aux victimes un traitement dûment respectueux de leur dignité personnelle* ». La reconnaissance du statut de victime particulièrement vulnérable impose à l'Etat de prendre des mesures particulières afin d'assurer à celle-ci un traitement particulier³³³.

Par ailleurs, deux autres textes adoptés dans le cadre du premier pilier revêtent une importance pour les victimes de l'exploitation sexuelle. D'une part, la directive du 29 avril 2004 vient consacrer un droit à l'indemnisation des victimes de la criminalité en Europe³³⁴ d'infractions sur le territoire de l'Union européenne. Elle impose aux Etats membres de mettre en place un régime national garantissant une indemnisation juste et appropriée aux victimes de la criminalité ainsi qu'un système de coopération entre les autorités nationales garantissant que l'indemnisation soit facilement accessible, quel que soit l'endroit du territoire européen où la personne a été victime. D'autre part la directive du même jour relatif au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités³³⁵. En effet, assez souvent, les cas d'exploitations sexuelles se conjuguent avec un trafic d'êtres humains : « importés » de pays pauvres, les enfants servent ensuite à la réalisation de matériels pédopornographiques.

³³⁰ Ce statut est défini par la décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JO L 82 du 22 mars 2001, p. 1.

³³¹ 5^{ème} considérant de la décision-cadre 2004/68/JAI

³³² Article 2 de la décision-cadre 2001/220/JAI

³³³ Article 2§2, 8§4 et 14§1 de la décision-cadre 2001/220/JAI

³³⁴ Directive 2004/80/CE du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, JO L 261 du 6 août 2004, p.15.

³³⁵ Directive 2004/81/CE du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261, du 6 août 2004, p. 19.

Finalement, à l'instar des autres instruments de l'ELSJ, la décision-cadre reste extrêmement timide sur l'aide aux victimes, bien que son importance ait été reconnue à de nombreuses reprises³³⁶. Aucune mesure n'est prise pour effacer les images et surtout pour identifier les enfants. Or cette identification est une nécessité de façon à pouvoir leur porter secours et cesser les atteintes qu'ils subissent. Mais ces enfants ne sont pas les seuls qui peuvent voir leurs droits violés.

B. Des droits en danger

Cette incertitude est à deux niveaux : d'une part on peut douter de la protection accordée aux droits des Internautes au vu de cette « chasse aux sorcières » version électronique qui s'organise sur le réseau, mais d'autre part, il faut aussi s'interroger sur les droits des cybercriminels.

Comme le relève Alessandro Bernardi³³⁷, certaines résistances nationales quant à l'acceptation de nouvelles normes européennes « *seraient dues à leur contenu qui, parfois, n'apparaît pas respectueux des droits fondamentaux de l'accusé : les actes en question protégeraient les victimes de la criminalité organisée mais pas les personnes accusées d'une infraction* ». Or si la littérature se multiplie sur la cybercriminalité, sur les innombrables opportunités qui s'offrent à l'imaginaire des criminels pour accroître et développer leurs activités, aucune ne plaide pour la reconnaissance de droits pour les cybercriminels. Il serait d'ailleurs plus judicieux de parler de « présumés-cybercoupables » car on en vient même à douter de l'existence d'une présomption d'innocence applicable au cyberspace. Certes, on ne peut nier que les infractions relatives à la pédopornographie relèvent de la catégorie des actes détachés de toute humanité et particulièrement odieux, il n'en reste pas moins impératif de leur reconnaître des droits à l'égal des procédures judiciaires dans le monde réel.

Or, la censure d'un site pornographique par le biais d'un fournisseur, personne morale de droit privé, en l'absence de tout contrôle judiciaire, peut être à l'origine d'une grave atteinte à sa liberté d'expression et à sa présomption d'innocence. Certes le serveur français qui voit l'accès à son site bloqué par un fournisseur d'accès Internet français pourra déposer un recours devant une autorité judiciaire, mais qu'en est-il du serveur étranger qui peut voir ainsi une grande partie de sa seule source de revenus bloquée ? Quels moyens de défense s'offrent à la personne ? Quid de la traduction des motifs de blocage de l'accès au site Internet ou de l'indication des voies de recours ? Témoin de cette délicate question, à cette interrogation des droits des cybercriminels ne répond que le silence de la convention sur la cybercriminalité. Il existe une proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans des procédures pénales dans l'UE³³⁸ et un Livre vert sur la présomption d'innocence a été élaboré³³⁹, mais aucun ne mentionne la particularité de la cybercriminalité.

Enfin, il est impératif de procéder au sein de l'ELSJ à l'élaboration de garanties en ce qui concerne la récolte et la systématisation de données personnelles. Aujourd'hui, les différents programmes adoptés dans le domaine pénal ont conduit à la multiplication de propositions en vue de récolter et d'échanger des données personnelles entre les Etats. Ainsi, le Système d'Information Schengen (SIS) (bientôt remplacé par le SIS II (2009) qui y intégrera des données biométriques) ou le traité de Prüm signé en mai 2005 (qui vise à approfondir la coopération transfrontalière policière, notamment dans les domaines du terrorisme, de la criminalité organisée et de la migration illégale)

³³⁶ V. les conclusions du Conseil du 8 mai 2003 sur la conférence de Bruxelles sur la « prévention de la traite des êtres humains et lutte contre ce phénomène – un défi mondial pour le XXI^{ème} siècle », JO C n° 137 du 12 juin 2003, p.1 et s

³³⁷ Alessandro BERNARDI « Le rôle du troisième pilier dans l'europanisation du droit pénal : un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités » in *Revue de Sciences criminelles*, 2007, p.730

³³⁸ Proposition du 22 avril 2004 pour une décision-cadre concernant certains droits procéduraux accordés dans des procédures pénales dans l'UE, COM (2004) 328.

³³⁹ Livre vert sur la présomption d'innocence du 26 avril 2006, Com (2006) 174

seront bientôt intégrés dans le droit de l'Union européenne. Or la multiplication de ces fichiers peut inquiéter lorsqu'on l'additionne à l'obligation pour les fournisseurs d'accès Internet de conserver les données. Or, comme le relève le communiqué du G29 regroupant l'ensemble des CNIL européennes³⁴⁰, aucune règle commune de protection de ces données n'existe au sein du domaine de la coopération policière européenne, comme cela est pourtant le cas dans le cadre des activités dites communautaires couvertes par la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995. Certes il existe une proposition de décision-cadre, mais celle-ci est insuffisante pour parvenir à une harmonisation réelle des règles de protection des données échangées entre les autorités policières et judiciaires européennes et surtout elle ne s'applique pas aux accords internationaux³⁴¹.

II. La recherche de nouvelles solutions alternatives à la répression

De façon à éviter de devoir passer par une phase répressive pas toujours efficace (fort coût notamment) et de déléguer un rôle de policier ou de juge aux acteurs techniques du Réseau qu'ils n'ont pas à assumer, il peut être intéressant de mettre en place des systèmes préventifs. A l'instar de la législation américaine, il pourrait être intéressant de procéder à une certification des sites à caractère pornographique. Cette mesure permettrait un allègement considérable des procédures en limitant les déclarations erronées des internautes (A). Par ailleurs, il pourrait tout aussi être intéressant d'impliquer d'autres acteurs extérieurs (B).

A. Une certification préventive

L'élargissement de la pédopornographie aux enfants apparents et virtuels, la compétence de fait universelle attribuée au juge national et la collaboration menée entre autorités judiciaires et fournisseurs techniques risquent d'aboutir à un encombrement des juridictions. De nombreux internautes, désireux de réaliser leur devoir de citoyen, dénoncent de nombreux sites qui ne sont qu'à caractère pornographique. Si on ne peut leur reprocher bien évidemment leur geste citoyen, celui-ci pèse sur les fournisseurs et plus encore sur les autorités judiciaires. Or, la réponse à la cybercriminalité ne peut se permettre d'être lente afin d'éviter le transfert du contenu illicite vers des paradis informationnels. Ne pourrait-on alors imaginer un système de certification européen des sites à caractère pornographique ? Un tel système pourrait être fondé sur l'approche américaine³⁴². En effet, pour répondre à l'impossible détermination de l'âge des personnes représentées, qu'ils soient virtuels ou apparents, la législation américaine a développé un système extrêmement pragmatique. La section 2257 (Title 18, U.S. Code) impose une série d'obligations aux opérateurs de sites web. Le système leur impose de :

1. vérifier l'âge des modèles qu'ils représentent,
2. conserver l'information utilisée à cette fin,
3. afficher une déclaration par laquelle ils certifient avoir effectué la déclaration,
4. donner l'adresse géographique à laquelle toute requête en vue de contrôler la véracité de la déclaration peut être adressée.

³⁴⁰ Communiqué du G29 du 25 juin 2008

³⁴¹ C'est le cas des accords PNR (Passenger Name Records) conclus avec les Etats-Unis, le Canada et bientôt l'Australie, qui prévoient le transfert des données de réservation relatives à tous les passagers aériens voyageant vers ces Etats mais aussi de données «sensibles». De même, les Etats-Unis envisagent de modifier les conditions d'adhésion au Visa Waiver Program, qui permet aux ressortissants des Etats y participant d'être exemptés de l'obligation de visa, afin de prévoir notamment la transmission de nouvelles données d'identification biographiques et biométriques relatives aux voyageurs vers les Etats-Unis.

³⁴² Sur cette approche, voy. Etienne WERY, « Sexe en ligne... », p.86-87

Les sites à caractère pornographique doivent donc être estampillés « 2257 »³⁴³ de façon à obtenir une certaine tranquillité de la part des systèmes de contrôle des contenus illicites sur le Réseau. Certes le coût de cette tranquillité peut être élevé pour les hébergeurs, mais ce système permettrait d'autoréguler le Web en facilitant les démarches à accomplir et en évitant d'encombrer les organes judiciaires. Tout site ne démontrant pas qu'il a réalisé cette démarche verrait son chemin d'accès condamné grâce à l'utilisation d'un filtre par les fournisseurs d'accès Internet.. On pourrait transposer aisément cette démarche au sein de l'Espace de liberté, sécurité et justice par la création d'une norme de certification « 2004/68 ». Toutefois l'approche américaine repose sur un affaiblissement de la protection des enfants : ne seront pas susceptibles de censure les sites représentant des majeurs ayant l'apparence d'enfants. Au vu de la protection assurée par la définition élargie de l'enfant donnée par le Conseil JAI, une telle démarche pourrait venir remettre en cause les avancées réalisées par la décision-cadre 2004/68/JAI. Pour qu'un tel système puisse être transposé, faudrait-il restreindre le champ des comportements à caractère pédopornographique tels qu'ils ont été définis par l'instrument européen ? Cela constituerait un affaiblissement de la protection des droits des enfants, certes, mais au vu des nombreuses exonérations de responsabilité développées dans la décision-cadre, on ne peut pas dire que ce système aurait moins protégé les droits des enfants. Toutefois, ce système permettrait déjà de limiter considérablement les recours, aux autorités judiciaires nationales d'adapter les poursuites en fonction des exceptions de responsabilité pénale que l'Etat aura ou non intégré dans son droit pénal. On peut aussi imaginer la transposition d'un tel système à l'échelle européenne, la différence se faisant après selon les Etats.

Une nouvelle initiative a été lancée par la ministre de l'Intérieur française, Mme Michèle Alliot-Marie³⁴⁴ qui a annoncé la conclusion d'un accord entre l'Etat et les fournisseurs d'accès Internet (et non pas les fournisseurs d'hébergement)³⁴⁵. Ceux-ci, dont on a pu voir l'irresponsabilité, auraient donc l'obligation en vertu de cet accord de bloquer l'accès aux sites à caractère pédopornographique qui auront été identifiés par la plate-forme de signalement mise en place par l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication³⁴⁶. Il faudrait donc que l'Etat dresse sa propre liste noire, aux FAI par la suite d'opérer la censure. Cette solution offre l'avantage d'éviter que le rôle de censeur se retrouve entre les mains d'une personne privée, mais il ne s'agit pas encore d'un contrôle exercé par l'autorité judiciaire. Toutefois, les fournisseurs d'accès Internet se montrent encore réticents, alors que d'autres initiatives ont déjà pu être menées dans d'autres pays. Ainsi trois grands fournisseurs américains ont annoncé qu'ils bloqueront l'accès à des sites web réputés fournir du contenu pédophile. Toutefois ce filtrage doit s'exercer de manière extrêmement fine de façon à ne pas condamner l'ensemble d'un site pour une page à caractère pédopornographique ou tout un service de discussions pour une image échangée dans un forum³⁴⁷.

³⁴³ Apparition des « 2257 notices » sur le web comme celle-ci : « in compliance with United States Code, Title 18, Section 2257, all models, actors, actresses and other persons who appear in any visual depiction of sexually explicit conduct appearing or otherwise contained in or at this site were over the age of eighteen years at the time of the creation of such depictions. Records required to be maintained pursuant to U.S.C. Title 18, Section 2257 are kept by the custodian of records at : [adresse].

³⁴⁴ Dépêche AFP du 10 juin 2006

³⁴⁵ Sur cet accord annoncé, mais sans l'agrément des principaux concernés, soit les fournisseurs d'accès Internet, lire [Sophie GINDENSPERGER](#) « MAM bloque la cyber-pédophilie (ou presque) », disponible sur le site <http://www.arretsurimages.net>

³⁴⁶ Initiative introduite dans la proposition de la loi d'orientation et de programmation de sécurité intérieure (LOPSI)

³⁴⁷ Sur le filtrage exercé par les fournisseurs d'accès Internet et les nouveaux moyens technologiques permettant un filtrage des contenus illicites sur le Web, V. l'article « L'Internet bouge. Comment les pays réagissent. », 17 juin 2008, disponible sur le site www.innocenceendanger.org

B. L'intervention nécessaire de nouveaux acteurs

Plusieurs acteurs peuvent aujourd'hui être impliqués dans la lutte contre la pédopornographie sur Internet et faire l'objet de décisions-cadre au sein de l'ELSJ. Ainsi, les moteurs de recherche pourraient avoir l'obligation, à l'instar des fournisseurs d'accès Internet, de conserver les informations sur les connexions des utilisateurs. Ceux-ci n'étaient pas concernés par la décision-cadre 2006/24/CE. Le Groupe G29 a précisé les règles qui leur sont applicables³⁴⁸ : la durée de conservation des données ne pourrait excéder six mois après informations des Internaute. Ceux-ci devraient donner leur consentement et requérir l'effacement de l'historique de leurs recherches. Toutefois, on peut être sceptique quant à l'efficacité d'une telle obligation. On imagine difficilement qu'en inscrivant les mots « enfants nus » dans un moteur de recherche on pourra effectivement trouver du matériel pédopornographique. La recherche de tels matériaux se réalise par ouverture d'hyperliens ou par la diffusion dans des forums de discussions d'adresses précises. Une telle obligation ne pourrait que permettre la constitution d'un faisceau d'indices.

Par contre, il devient aujourd'hui nécessaire d'inclure les opérateurs de téléphonie mobile dans la lutte contre la pédopornographie. Du fait de l'accès aujourd'hui à l'Internet à partir d'un téléphone portable, il devient possible de diffuser des matériels à contenus pédopornographiques par l'envoi de MMS ou de vidéos. Il est donc impératif de rechercher des solutions en commun avec les opérateurs téléphoniques.

Enfin, une dernière solution originale et certainement l'une des plus efficaces consisterait à impliquer les banques en requérant des établissements financiers de bloquer les paiements des contenus illégaux. Cette solution est mentionnée dans la résolution du Parlement européen du 16 janvier 2008 « *Vers une stratégie européenne des droits de l'enfant* »³⁴⁹. La Commission étudie un projet qui permettrait d'établir une coalition financière européenne : l'association des sociétés d'émission de cartes de crédit ainsi que d'autres fournisseurs de systèmes de paiements sur Internet et les fournisseurs d'accès à Internet permettrait de bloquer les paiements d'internautes pour l'achat de matériel pédopornographique. En 2005, la société VISA a créé l'organisme CEOP³⁵⁰ composé d'experts et d'enquêteurs financiers qui s'attachent à répertorier des sites contenant du matériel pédopornographique. Après transmission des adresses web à la police, la société VISA contrôle si des transactions ont été faites vers ces sociétés grâce à son « card quire ». Le document élaboré par la Commission propose d'instituer un guichet unique pour tous les partenaires (banques, sociétés de cartes de crédit, fournisseurs d'accès Internet et autorités nationales) ce qui permettrait de « *centraliser la détection des contenus illicites sur Internet, la recherche des sites impliqués, l'information des banques pour bloquer les transactions financières, et l'information des autorités pour traduire les coupables en justice* »³⁵¹. Cette mobilisation assez originale des fournisseurs d'accès à Internet, des autorités judiciaires, des banques et des Internaute pour lutter contre le phénomène de la pédopornographie sur Internet permettra certainement de pouvoir limiter l'acquisition et la diffusion d'images payantes de pornographie infantine. Il reste désormais à trouver un tout aussi ingénieux et citoyen système pour lutter contre l'échange gratuit d'images par le biais des réseaux peer-to-peer qui constitue le nouveau challenge à relever pour l'espace de liberté, de sécurité et de justice en Europe quant à la lutte contre la pédopornographie sur Internet.

³⁴⁸ Marc-Antoine LEDIEU « CNIL – Des moteurs de recherche encadrés » in Communication Commerce électronique, 2008, n°6, alerte 71 (veille).

³⁴⁹ Résolution du Parlement européen « Vers une stratégie européenne des droits de l'enfant » adoptée le 16 janvier 2008 (A6-0520/2007)

³⁵⁰ Child Exploitation Online Protection www.ceop.gov.uk/

³⁵¹ Forum européen sur les droits de l'enfant, document « Placer les enfants au centre du processus décisionnel » 3 mars 2008 MEMO/08/137

CONCLUSION

Personne ne garde un secret comme un enfant
Victor Hugo
Les Misérables

Un iceberg... A l'instar de ces dangers glacés qui constituent une source de terreurs pour les marins, la partie émergée n'en est que la moins dangereuse. Les images d'enfants à caractère pornographique constituent l'aspect visible le plus choquant des atteintes sexuelles commises sur des mineurs au moyen de l'Internet. Pourtant l'association de l'outil informatique à la volonté de se livrer à des comportements sexuels sur des enfants est à l'origine de maux encore plus abjects. Entre l'utilisation des IRC pour rencontrer ou séduire des enfants, ou le viol et les actes de maltraitance retransmis à la demande en direct sur la Toile, on est effaré de voir à quel point les progrès en matière d'exploitation sexuelle des enfants accompagnent, voire devancent, les avancées technologiques. Il suffit de lire quelques rapports d'organisation pour se rendre compte à quel point la violence est omniprésente au sein du cyberspace.

Dans sa lutte contre la pédopornographie, les institutions européennes doivent composer avec les glaçons étatiques qui, frigorifiés, ont beaucoup de mal à faire de concessions pour parvenir à une harmonisation réelle, condition de l'effectivité de la lutte contre ce phénomène. Au vu des écueils nationaux sur lesquels viennent se briser les propositions de la Commission et du Parlement, doit-on en déduire que le bateau européen aurait mieux fait de rester à quai ?

Certes, la décision-cadre 2004/68/JAI souffre de limites considérables quant à son objectif de rapprocher les législations pénales nationales : harmonisation a minima, de surface, qui en dernier lieu dépendra des structures nationales quant à la portée de son application, instrument non adapté à cette lutte sur Internet... Peut-on alors vraiment prétendre parvenir à adopter une législation efficace face à ce phénomène criminel ? Ne vaudrait-il pas mieux n'investir que dans des programmes qui ont démontré une efficacité considérable et qui constituent de réels atouts face à cette cybercriminalité ? Ne faut-il pas abandonner l'idée de construire une « Europe pénale » quand on se questionne sur l'efficacité des instruments de Bruxelles pour protéger les droits des enfants ?

Toutefois, même si l'on peut douter de la qualité de l'instrument, il faut reconnaître que la décision-cadre apporte des éléments de cohérence entre les Etats membres au niveau des incriminations. Mais l'importance de la décision-cadre réside dans la fonction « signal », d'alarme sociale de l'harmonisation des législations au niveau de l'Union européenne³⁵² : l'instrument va mettre en exergue ce phénomène et permettre une lutte contre la pédopornographie grâce aux efforts des Etats. Il s'agit finalement de prévoir des incriminations identiques avec les mêmes sanctions pour certains comportements qui sont contraires aux valeurs fondamentales de l'Union européenne. D'autres solutions d'ailleurs doivent être examinées pour aboutir à une harmonisation effective des sanctions qui respecterait les particularités de chaque législation nationale³⁵³ et permettre aux Etats membres de rester « unis dans la diversité ».

Mais il faut rapprocher cette décision-cadre de son homologue adoptée quelques mois auparavant sur la lutte contre la traite des êtres humains en général. L'ensemble de ces instruments va permettre d'adopter une base commune pour lutter contre le phénomène odieux de la traite des êtres humains. Il faut aussi remarquer les efforts accomplis depuis l'Action commune sur la traite de 1997. Certes, cela a pris sept ans pour parvenir à un texte plus complet et contraignant, mais il ne faut pas nier les avancées réalisées quant à l'harmonisation des infractions face à certains comportements d'une gravité extrême. Comme le relève Alessandro Bernardi³⁵⁴, la construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice « [donne] *vie à des textes qui, indépendamment de leur appartenance à la première ou à la seconde des typologies ici mentionnées* [textes d'harmonisation substantielle de droit pénal et instruments visant à privilégier la coopération judiciaire], *ont un contenu toujours plus riche, des objectifs toujours plus ambitieux et imposent des obligations toujours plus strictes aux Etats.* »

On peut toutefois regretter que la décision-cadre ne fait aucune référence à la Convention sur la cybercriminalité alors qu'elle en est manifestement inspirée au vu des nombreuses similarités. Certes, la Commission a encouragé les Etats membres à signer l'instrument de Strasbourg³⁵⁵ et des différences subsistent entre les deux instruments, mais ces quelques nuances justifient-elles le silence des instruments de l'Espace pénal européen ? Finalement ces actes semblent contredire la politique des institutions de Bruxelles visant à favoriser la coopération internationale : celle-ci ne vaudrait qu'entre les Etats et ne pourrait être élevée au niveau des organisations régionales

Une dernière remarque s'impose : la plupart des critiques auxquelles s'exposent les instruments de l'ELSJ sont dues à la main mise du Conseil sur l'élaboration des actes du troisième pilier. Bien souvent ceux-ci sont adoptés par les représentants des gouvernements en réaction à un événement, dans la précipitation. Les amendements du Parlement n'ont aucune force contraignante, et l'élaboration de ce droit pénal échappe donc complètement aux parlements nationaux, desquels relève pourtant la compétence d'incriminer certains comportements. Il est impératif que la procédure de codécision soit enfin adoptée dans le cadre de la construction de l'Europe pénale. Sinon ces multiples critiques, à l'instar des rivets de mauvaise qualité qui ont causé le naufrage du Titanic, aboutiront à l'échec de la construction de l'Espace de liberté, sécurité et justice à la rencontre d'un iceberg de grande envergure.

³⁵² V. Gilles De KERCHOVE, exposé tenu lors de la réunion du groupe de travail X (Liberté, sécurité, justice) de la Convention européenne du 8 octobre 2002, doc. CONV 346/02 du 16 octobre 2002.

³⁵³ V. notamment Mireille DELMAS-MARTY « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité » in *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, société de législation comparée, Paris, 2003, 592p : l'auteur développe une solution à cette harmonisation des sanctions fondée sur la proportionnalité en fonction d'indicateurs de gravité propres à chaque ordre juridique nationale.

³⁵⁴ Alessandro BERNARDI, « Le rôle du troisième pilier dans l'europanisation du droit pénal : un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités », in *Revue de science criminelle*, 2007 p. 713

³⁵⁵ Point 4.1 de la communication du 22 mai 2007 de la Commission au Parlement et au Conseil *Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité* COM (2007) 267 final

ANNEXES

Annexe 1 : Décision-cadre 2004/68/JAI

Annexe 2 : Définitions relatives à la cybercriminalité

Annexe 1

***Décision-cadre 2004/68/JAI adoptée le 22 décembre 2003
Publiée au Journal officiel de l'Union européenne du 20 janvier 2004
Série L, n° 13, pages 44-48***

(Actes adoptés en application du titre VI du traité sur l'Union européenne)

DÉCISION-CADRE 2004/68/JAI DU CONSEIL

du 22 décembre 2003

relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie

LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur l'Union européenne, et notamment son article 29, son article 31, paragraphe 1, point e), et son article 34, paragraphe 2, point b),

vu la proposition de la Commission ⁽¹⁾,

vu l'avis du Parlement européen ⁽²⁾,

considérant ce qui suit:

- (1) Le plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice ⁽³⁾, les conclusions du Conseil européen de Tampere et la résolution du Parlement européen du 11 avril 2000 comprennent ou sollicitent des actions législatives contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, notamment des définitions, des incriminations et des sanctions communes.
- (2) L'action commune 97/154/JAI du Conseil du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants ⁽⁴⁾ et la décision 2000/375/JAI du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet ⁽⁵⁾ doivent être suivies de mesures législatives complémentaires afin de réduire les disparités entre les approches juridiques des États membres et de contribuer au développement d'une coopération judiciaire et policière efficace contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie.
- (3) Le Parlement européen, dans sa résolution du 30 mars 2000 concernant la communication de la Commission sur la mise en œuvre des mesures de lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants, réaffirme que cette forme de tourisme sexuel est un acte criminel étroitement lié à ceux relevant de l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie, et invite la Commission à présenter au Conseil une proposition de décision-cadre instaurant des règles minimales relatives aux éléments constitutifs de ces actes criminels.

- (4) L'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie constituent des violations graves des droits de l'homme et du droit fondamental de l'enfant à une éducation et un développement harmonieux.
- (5) La pédopornographie, forme particulièrement grave d'exploitation sexuelle des enfants, prend de l'ampleur et se propage par le biais de l'utilisation des nouvelles technologies et d'Internet.
- (6) L'Union européenne doit compléter le travail important réalisé par les organisations internationales.
- (7) Il est nécessaire d'adopter une approche globale des infractions pénales graves que constituent l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, comprenant les éléments essentiels du droit pénal communs à tous les États membres, notamment en matière de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, et s'accompagnant d'une coopération judiciaire aussi étendue que possible.
- (8) Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, la présente décision-cadre se limite au minimum requis pour réaliser ces objectifs au niveau européen et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin.
- (9) Il y a lieu de prévoir, contre les auteurs de ces infractions, des sanctions suffisamment sévères pour faire entrer l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie dans le champ d'application des instruments déjà adoptés pour lutter contre la criminalité organisée, tels que l'action commune 98/699/JAI du Conseil du 3 décembre 1998 concernant l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime ⁽⁶⁾ et l'action commune 98/733/JAI du Conseil du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle ⁽⁷⁾.
- (10) Les spécificités de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants doivent conduire les États membres à établir, dans leur législation, des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives. Ces sanctions devraient aussi être adaptées en fonction de l'activité exercée par les personnes morales.

⁽¹⁾ JO C 62 E du 27.2.2001, p. 327.

⁽²⁾ JO C 53 E du 28.2.2002, p. 108.

⁽³⁾ JO C 19 du 23.1.1999, p. 1.

⁽⁴⁾ JO L 63 du 4.3.1997, p. 2.

⁽⁵⁾ JO L 138 du 9.6.2000, p. 1.

⁽⁶⁾ JO L 333 du 9.12.1998, p. 1. Action commune modifiée par la décision-cadre 2001/560/JAI (JO L 182 du 5.7.2001, p. 1).

⁽⁷⁾ JO L 351 du 29.12.1998, p. 1.

- (11) Lorsqu'il s'agit d'enfants, les victimes devraient être interrogées en fonction de leur âge et de leur maturité dans le cadre de l'enquête et des poursuites se rapportant à des infractions relevant de la présente décision-cadre.
- (12) La présente décision-cadre est sans préjudice des compétences de la Communauté.
- (13) La présente décision-cadre devrait contribuer à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie en complétant les instruments déjà adoptés par le Conseil, tels que l'action commune 96/700/JAI du 29 novembre 1996 établissant un programme d'encouragement et d'échanges destiné aux personnes responsables de l'action contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants⁽¹⁾, l'action commune 96/748/JAI du 16 décembre 1996 élargissant le mandat donné à l'unité «Drogues» d'Europol⁽²⁾, l'action commune 98/428/JAI du 29 juin 1998 concernant la création d'un réseau judiciaire européen⁽³⁾, l'action commune 96/277/JAI du 22 avril 1996 concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les États membres de l'Union européenne⁽⁴⁾ et l'action commune 98/427/JAI du 29 juin 1998 relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale⁽⁵⁾, ainsi que les actes adoptés par le Conseil européen et le Conseil, tels que la décision n°276/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux⁽⁶⁾ et la décision 293/2000/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 janvier 2000 adoptant un programme d'action communautaire (programme Daphné) (2000-2003) relatif à des mesures préventives pour lutter contre la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes⁽⁷⁾.

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION-CADRE

Article premier

Définitions

Aux fins de la présente décision-cadre, on entend par:

- a) «enfant»: toute personne âgée de moins de dix-huit ans;
- b) «pédopornographie»: tout matériel pornographique représentant de manière visuelle:
- i) un enfant réel participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, y compris l'exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant, ou

- ii) une personne réelle qui paraît être un enfant participant ou se livrant au comportement visé au point i), ou
 - iii) des images réalistes d'un enfant qui n'existe pas participant ou se livrant au comportement visé au point i).
- c) «système informatique»: tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement automatisé de données;
- d) «personne morale», toute entité ayant ce statut en vertu du droit applicable, exception faite des États ou des autres entités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique et des organisations internationales publiques.

Article 2

Infractions liées à l'exploitation sexuelle des enfants

Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les comportements intentionnels suivants soient punis:

- a) le fait de contraindre un enfant à se livrer à la prostitution ou à participer à des spectacles pornographiques ou d'en tirer profit ou d'exploiter un enfant de toute autre manière à de telles fins;
- b) le fait de recruter un enfant pour qu'il se livre à la prostitution ou participe à des spectacles pornographiques;
- c) le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant, en recourant à l'un des moyens suivants:
 - i) en faisant usage de la contrainte, de la force ou de menaces;
 - ii) en offrant de l'argent ou d'autres formes de rémunération ou de paiement pour les activités sexuelles auxquelles se livre l'enfant, ou
 - iii) en abusant d'une position reconnue de confiance, d'autorité ou d'influence sur un enfant.

Article 3

Infractions liées à la pédopornographie

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les comportements intentionnels suivants, impliquant ou non l'usage d'un système informatique, soient punis lorsqu'ils ne peuvent être légitimés:

- a) la production de pédopornographie;
- b) la distribution, la diffusion ou la transmission de pédopornographie;
- c) le fait d'offrir ou de rendre disponible de la pédopornographie;
- d) l'acquisition ou la détention de pédopornographie.

⁽¹⁾ JO L 322 du 12.12.1996, p. 7.

⁽²⁾ JO L 342 du 31.12.1996, p. 4.

⁽³⁾ JO L 191 du 7.7.1998, p. 4.

⁽⁴⁾ JO L 105 du 27.4.1996, p. 1.

⁽⁵⁾ JO L 191 du 7.7.1998, p. 1.

⁽⁶⁾ JO L 33 du 6.2.1999, p. 1.

⁽⁷⁾ JO L 34 du 9.2.2000, p. 1.

2. Un État membre peut exclure de la responsabilité pénale les comportements ayant trait à la pédopornographie:

- a) visée à l'article 1^{er}, point b) ii), dans lesquels la personne réelle qui paraît être un enfant a en réalité dix-huit ans ou plus à la date de la représentation;
- b) visée à l'article 1^{er}, point b) i) et ii), dans lesquels, s'agissant de production et de détention, des images d'enfants ayant atteint la majorité sexuelle sont produites et détenues avec leur accord et uniquement pour leur usage privé. Même lorsque l'existence d'un consentement a été établi, il ne sera pas reconnu comme valable, si, par exemple, l'auteur de l'infraction a profité de son âge plus avancé, de sa maturité, de sa position, de son statut, de son expérience ou de l'état de dépendance dans lequel se trouvait la victime à son égard pour obtenir ce consentement;
- c) visée à l'article 1^{er}, point b) iii), dans lesquels il est établi que le matériel pornographique est produit et détenu par le producteur uniquement pour son usage privé, dans la mesure où aucun matériel pédopornographique visé à l'article 1^{er}, point b) i) et ii), n'a été utilisé aux fins de la production, et à condition que cette action ne comporte aucun risque de diffusion du matériel.

Article 4

Instigation, complicité et tentative

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit puni le fait d'inciter à commettre l'une des infractions visées aux articles 2 et 3 ou de s'en rendre complice.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que soit puni le fait de tenter d'adopter l'un des comportements visés à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 1, points a) et b).

Article 5

Sanctions et circonstances aggravantes

1. Sous réserve du paragraphe 4, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées aux articles 2, 3 et 4 soient passibles de sanctions pénales égales à une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins un à trois ans.

2. Sous réserve du paragraphe 4, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les infractions visées ci-après soient passibles de sanctions pénales égales à une peine privative de liberté maximale d'une durée d'au moins cinq à dix ans:

- a) les infractions visées à l'article 2, point a), consistant à «contraindre un enfant à se livrer à la prostitution ou à participer à des spectacles pornographiques», et les infractions visées à l'article 2, point c) i);

- b) les infractions visées à l'article 2, point a), qui consistent à «tirer profit d'un enfant ou à l'exploiter de toute autre manière à de telles fins», et celles visées à l'article 2, point b), dans les deux cas lorsqu'elles ont trait à la prostitution, et lorsqu'au moins une des circonstances suivantes peut s'appliquer:

- la victime est un enfant n'ayant pas atteint la majorité sexuelle conformément à la législation nationale,
- leur auteur a délibérément ou par imprudence mis la vie de l'enfant en danger,
- les infractions ont été commises par recours à des violences graves ou ont causé un préjudice grave à l'enfant,
- elles ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de l'action commune 98/733/JAI, quel que soit le niveau de la sanction prévue dans ladite action commune.

- c) les infractions visées à l'article 2, point a), qui consistent à «tirer profit d'un enfant ou à l'exploiter de toute autre manière à de telles fins», et celles visées à l'article 2, point b), dans les deux cas lorsqu'elles ont trait aux spectacles pornographiques, l'article 2, point c) ii), l'article 2, point c), iii), l'article 3, paragraphe 1, point a), b), et c), lorsque la victime n'a pas atteint la majorité sexuelle conformément à la législation nationale et lorsqu'au moins une des circonstances visées aux deuxième, troisième et quatrième alinéas du point b) du présent paragraphe peut s'appliquer.

3. Chaque État membre prend les mesures nécessaires afin qu'une personne physique, qui a été condamnée pour l'une des infractions visées aux articles 2, 3 ou 4, soit empêchée, le cas échéant, d'exercer, à titre provisoire ou définitif, des activités professionnelles liées à la surveillance d'enfants.

4. Chaque État membre peut prévoir d'autres sanctions, y compris des sanctions ou mesures non pénales, pour les comportements ayant trait à la pédopornographie visée à l'article 1^{er}, point b) iii).

Article 6

Responsabilité des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables de l'une des infractions visées aux articles 2, 3 et 4, lorsque ces dernières sont commises pour leur compte par toute personne, agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale en cause, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur l'une des bases suivantes:

- a) un pouvoir de représentation de la personne morale;
- b) une autorité pour prendre des décisions au nom de la personne morale, ou

c) une autorité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale.

2. Abstraction faite des cas prévus au paragraphe 1, chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission de l'une des infractions visées aux articles 2, 3 et 4, pour le compte de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité.

3. La responsabilité des personnes morales en vertu des paragraphes 1 et 2 n'exclut pas les poursuites pénales contre les personnes physiques auteurs, instigateurs ou complices d'une infraction visée aux articles 2, 3 et 4.

Article 7

Sanctions à l'encontre des personnes morales

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour que toute personne morale déclarée responsable au sens de l'article 6, paragraphe 1, soit passible de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui incluent des amendes pénales ou non pénales et éventuellement d'autres sanctions, notamment:

- a) des mesures d'exclusion du bénéfice d'un avantage ou d'une aide à caractère public;
- b) des mesures d'interdiction temporaire ou définitive d'exercer une activité commerciale;
- c) un placement sous surveillance judiciaire;
- d) une mesure judiciaire de dissolution, ou
- e) la fermeture temporaire ou définitive d'établissements ayant servi à commettre l'infraction.

2. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte qu'une personne morale tenue pour responsable au titre de l'article 6, paragraphe 2, soit passible de sanctions ou de mesures effectives, proportionnées et dissuasives.

Article 8

Compétence et poursuites

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées aux articles 2, 3 et 4 dans les cas suivants:

- a) l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur son territoire;
- b) l'auteur de l'infraction est l'un de ses ressortissants;
- c) l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale établie sur son territoire.

2. Tout État membre peut décider de ne pas appliquer, ou de n'appliquer que dans des cas ou conditions spécifiques, les règles de compétence définies au paragraphe 1, points b) et c), lorsque l'infraction en cause a été commise en dehors de son territoire.

3. Tout État membre qui, en vertu de sa législation, n'extrade pas ses ressortissants prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence pour les infractions visées aux articles 2, 3 et 4, et pour les poursuivre, le cas échéant, lorsqu'elles sont commises par l'un de ses ressortissants en dehors de son territoire.

4. Les États membres informent le secrétariat général du Conseil ainsi que la Commission de leur décision d'appliquer le paragraphe 2, au besoin en indiquant les cas ou conditions spécifiques dans lesquels leur décision s'applique.

5. Chaque État membre veille à ce que sa compétence couvre les cas dans lesquels une infraction visée à l'article 3 et, dans la mesure pertinente, à l'article 4, a été commise au moyen d'un système informatique auquel l'accès a été obtenu à partir de son territoire, que ce système informatique se trouve ou non sur ce dernier.

6. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour qu'au moins les infractions les plus graves visées à l'article 2 donnent lieu à des poursuites conformément à sa législation nationale après que la victime a atteint l'âge de la majorité.

Article 9

Protection et assistance apportées aux victimes

1. Les États membres s'assurent que les enquêtes ou les poursuites concernant les infractions visées par la présente décision-cadre ne dépendent pas de la déclaration ou de l'accusation émanant d'une personne victime de l'infraction, au moins dans les cas où l'article 8, paragraphe 1, point a), s'applique.

2. Les victimes d'une infraction visée à l'article 2 devraient être considérées comme des victimes particulièrement vulnérables, conformément à l'article 2, paragraphe 2, à l'article 8, paragraphe 4, et à l'article 14, paragraphe 1, de la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales⁽¹⁾.

3. Chaque État membre prend toutes les mesures possibles pour garantir une aide adéquate à la famille de la victime. En particulier, lorsque cela est nécessaire et possible, chaque État membre applique à la famille l'article 4 de la décision-cadre 2001/220/JAI.

Article 10

Champ d'application territoriale

La présente décision-cadre s'applique à Gibraltar.

(1) JO L 82 du 22.3.2001, p. 1.

*Article 11***Abrogation de l'action commune 97/154/JAI**

L'action commune 97/154/JAI est abrogée.

*Article 12***Mise en œuvre**

1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre au plus tard le 20 janvier 2006.

2. Au plus tard le 20 janvier 2006, les États membres communiquent au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations que leur impose la présente décision-cadre. Sur la base d'un rapport établi à partir de ces informations et d'un rapport écrit de la Commission, le Conseil

vérifie, pour le 20 janvier 2008 au plus tard, si les États membres ont pris les mesures nécessaires pour se conformer à la présente décision-cadre.

*Article 13***Entrée en vigueur**

La présente décision-cadre entre en vigueur le jour de sa publication au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Fait à Bruxelles, le 22 décembre 2003.

Par le Conseil

Le président

A. MATTEOLI

Annexe 2

Définitions relatives à la cybercriminalité

A

Accès (*access*) : le fait d'engager la consultation d'un document sur un serveur. Le nombre d'accès est une mesure de l'audience d'un site ou de la fréquence de consultation d'un document.

Administrateur de site, de serveur (*webmaster*) : personne chargée de la maintenance et du suivi d'un site ou d'un serveur sur la toile mondiale.

Adresse électronique (*e-mail*) : libellé permettant l'identification d'un utilisateur de messagerie électronique et l'acheminement des messages qui lui sont destinés. L'adresse électronique est, dans le cas de l'Internet, constituée des identifiants de l'utilisateur et du gestionnaire de la messagerie, séparés par le caractère arrobe (@).

Adresse IP : numéro unique d'identification donné à chaque ordinateur connecté à Internet.

Un numéro IP est un groupe de quatre nombres (de 0 à 255) séparés par des points. Cette adresse peut être fixe (pour les connexions par ADSL ou câble) ou dynamique (elle change à chaque connexion en cas d'utilisation d'un modem téléphonique).

Chaque fois qu'un ordinateur se connecte à l'Internet, il est repéré par l'adresse IP d'origine qui indique son emplacement sur le réseau. A une demande d'identification, peuvent correspondre plusieurs adresses IP. L'adresse IP destinataire correspond à la machine sur laquelle l'Internaute désire se connecter.

C

Chat (*IRC : Internet Relay Conversation*) : conversation entre plusieurs personnes connectées en même temps à un réseau, qui échangent des messages s'affichant en temps réel sur leur écran.

F

Forum (*newsgroup*) : service permettant l'échange et la discussion sur un thème donné : chaque utilisateur peut lire à tout moment les interventions de tous les autres et apporter sa propre contribution sous forme d'articles.

Fournisseur d'accès (*access provider*) : organisme offrant à des clients d'accéder à l'Internet, ou, plus généralement à tout réseau de communication.

I

Internet : réseau mondial associant des ressources de télécommunication et des ordinateurs serveurs et clients, destiné à l'échange de messages électroniques, d'informations multimédias et de fichiers. Il fonctionne en utilisant un protocole commun qui permet l'acheminement de proche en proche de messages découpés en paquet indépendants.

Intranet : réseau de télécommunication et de téléinformatique destiné à l'usage exclusif d'un organisme et utilisant les mêmes protocoles et techniques que l'Internet.

M

Moteur de recherche (*search engine*) : système d'exploitation de banques de données, et, par extension, serveur spécialisés permettant d'accéder sur la toile à des ressources (pages, sites, ..) à partir de mots clés.

P

Peer-to-peer (P2P) : réseau d'échange et de partage de fichiers entre Internaute. Le principe est de mettre directement en liaison un Internaute avec un autre Internaute qui possède un fichier convoité.

Il existe deux méthodes pour accomplir cette tâche

- la méthode centralisée est basée sur un ou plusieurs serveurs qui possèdent la liste des fichiers partagés et qui orientent les Internautes vers l'Internaute possédant le fichier convoité.

- La méthode décentralisée utilise le matériel de chacun des Internautes comme un mini-serveur et ne possède aucun serveur fixe. Cette méthode a l'avantage de répartir les responsabilités et d'éviter les actions en justice.

Il existe un grand nombre de réseau peer-to-peer (cazaa, Gnutella, Emule,..) avec chacun ses points forts et points faibles (sécurité, anonymat, vitesse de téléchargement, vidéos, musiques, logiciels..). Le P2P est utilisé en grande partie pour télécharger des fichiers piratés (logiciels, DVD, musique). Il fait l'objet d'attaques répétées des industriels qui produisent ces oeuvres.

R

Réseau informatique (*computer network*) : ensemble des moyens matériels et logiciels mis en oeuvre pour assurer les communications entre ordinateurs, stations de travail et terminaux informatiques. Tout ou partie de ces matériels peuvent être considérés comme faisant partie du réseau.

S

Serveur (*server*) : systèmes informatiques destinés à fournir des services à des utilisateurs connectés et, par extension, organisme qui exploite un tel système.

Site (*web site*) : ensemble de documents et d'applications placé sous une même autorité et accessibles par la toile à partir d'une même adresse universelle. Un site de la toile peut être inclus dans un site plus important.

Spamming : envoi d'un même message électronique à très grand nombre de destinataire au risque de les importuner. Un exemple est l'envoi de messages publicitaires

T

Témoin (de connexion) (*cookie*) : appliquelette envoyée par un serveur de la toile mondiale à un utilisateur, parfois à l'insu de celui-ci au cours d'une connexion, afin de caractériser cet utilisateur. Par extension, information que l'appliquelette peut enregistrer sur le disque de l'utilisateur et à laquelle le serveur peut accéder ultérieurement. Dans cette acception, on dit aussi « mouchard ».

W

Web : World Wide Web (www.) (toile mondiale en français) : dans l'Internet, système, réparti géographiquement et structurellement, de publication et de consultation de documents faisant appel aux techniques de l'hypertexte.

BIBLIOGRAPHIE

Sites Internet :

www.aidh.org
www.childfocus.be
www.ceop.gov.uk/
www.cnil.fr
www.csecworldcongress.org/fr/index.htm
www.cybertipline.com
www.droitsenfants.com
www.droit-technologie.org/
www.foruminternet.org/
www.innocenceendanger.org/
www.inhope.org
www.nch.org.uk
www.savethechildren.org
www.skppsc.ch
www.unicef.org

Ouvrages :

Ouvrages généraux

- BARENDT Eric *Freedom of Speech*, Oxford University Press, 2005, 2nd éd., 526p.
- DELMAS-MARTY Mireille *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Editions du Seuil, Paris, 2004, 445p.
- DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Domat, Paris, 2004, 494p.
- DUBOUIS Louis et BLUMANN Claude *Droit matériel de l'Union européenne*, Domat, Paris, 2006, 676p.
- HUET André et KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international*, P.U.F, Paris, 2^{ème} édition, 2001, 425p.
- HUET André et KOERING-JOULIN Renée *Droit pénal international*, P.U.F, Paris, 3^{ème} édition, 2005, 507p.
- MOREILLON Laurent et WILLI-JAYET Aline *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 745p
- PRADEL Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 2^{ème} édition, 2002, p.803p.
- PRADEL Jean *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris, 2^{ème} édition, 2002, 609p.

Ouvrages sur la pornographie

- MILLER Henry , *L'obscénité et la loi de réflexion*, Editions Le Terrain vague, 1971, 42p.

Ouvrages sur le droit de l'Internet

- BAILLET Francis *Le droit du cybercommerce*, éditions Stratégies, Issy-Les-Moulineaux, 2001, 216p.
- CHATILLON Georges *Internet International Law*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 672p.
- DALLEVES Laure et BAGNOUD Raphaël *Internet 2005*, Editions Cedidac 67, Lausanne, 2005, 266p.
- LAFFAIRE Marie-Laure *Protection des données à caractère personnel*, Editions d'Organisation, Paris, 2005, 542p.
- LEPAGE Anne *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve d'Internet*, droit@litec, Paris, 2002, 328p
- QUEMENER Myriam et FERRY Joël *Cybercriminalité : défi mondial et réponses* , Economica, Paris, 2007, 281p
- WERY Etienne *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, L.G.D.J./Larcier, Bruxelles, 2004, 221p.
- *L'Internet et le Droit*, Actes du colloque organisé par l'Ecole doctorale de droit public et de droit fiscal de l'Université Paris du 25 et 26 septembre 2000, L'Égipresse, Paris, 2001, 486p.

Ouvrages sur le droit pénal au sein de l'Union européenne

- DELMAS-MARTY Mireille (sdd), GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Société de législation comparée, Paris, 2003, 592p
- GARCIA-JOURDAN Sophie *L'émergence d'un espace pénal européen de liberté, de sécurité et de justice*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 759p
- MOREILLON Laurent et WILLI-JAYET Aline *Coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne*, Bruylant/L.G.D.J., Bruxelles/Paris, 2005, 745p.
- WEYEMBERGH Anne et De KERCHOVES Gilles *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, 373p.
- WEYEMBERGH Anne et De KERCHOVES Gilles *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2001, 255p.
- WEYEMBERGH Anne et De KERCHOVES Gilles *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 166p.
- WEYEMBERGH Anne, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2004, 404p
- WEYEMBERGH Anne et De KERCHOVES Gilles *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2005, 337p.

Articles :

Article généraux

- BEAUVAIS Pascal « Le droit européen et la création du droit » in *Les Petites Affiches*, 3 décembre 2007, n°241, p.14
- JAULT Fabienne « la notion de responsabilité parentale », in *Droit et patrimoine*, 2005, n° 138, p.58.
- PECH Laurent, « Approches américaine et européenne de la liberté d'expression dans la société de l'information », in *Commerce électronique*, 2004, n° 7-8, p. 13.

Articles sur la pornographie et la traite des êtres humains

- ASQUITH Stewart « Addressing sexual exploitation in the pan-European community » in *Corinne MAY CHAHAL et Maria HERCZOG « Child sexual abuse in Europe »*, éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003, pp.37-55
- BUISSON Jacques « Constitue une provocation le fait, pour un policier, même étranger, de créer un site pédo-pornographique offert à la connexion des internautes » in *Procédures*, 2007, n° 6, comm. 147, p.13
- GROVER Sonja « Oppression of children intellectualized as free expression under the Canadian Charter: A reanalysis of the *Sharpe* possession of child pornography case », in *International Journal of Children's Rights*, 2003, vol 11, pp.311-331
- JONES Logan, « Regulating child pornography on the Internet – the implications of Article 34 of the United Nations Convention on the Rights of the Child », in *International Journal of Children's Rights*, 1998, vol.6, pp.55-79.
- LEFRANC David, « De la représentation pornographique de l'enfance dans un dessin animé », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 829
- VERMEULEN Gert « International trafficking in women and children », in *RIDP*, 2001, n°3-4, pp.837-883
- WATTIER Isabelle « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle : la consécration d'une disparité », *RIDP*, 2007, vol 77, 1-2, pp. 223-235
- WEYEMBERGH Anne « La lutte contre la traite des êtres humains dans le cadre du 3^{ème} pilier du traité sur l'Union européenne », in De KERCHOVES Gilles (ssd) et WEYEMBERGH Anne, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2000, pp. 217-225
- WEYEMBERGH Anne « L'Union européenne et la lutte contre la traite des êtres humains » in *Cahiers de droit européen*, 2000, n°1-2, pp.215-251.
- WEYEMBERGH Anne « La lutte contre la traite et le trafic d'êtres humains », in *RIDP*, 2007, vol 1-2, pp.211-221

Articles sur le droit de l'Internet

- BENICHO David « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », in *Actualités Juridiques-Pénal*, 2005, n°6, pp.217-227
- BOURE Philippe « Internet et la lutte contre la cybercriminalité », in *La Gazette du Palais*, 23 janvier 2003, n°23, p.19
- CAPRIOLI Eric « Les technologies de l'information et la lutte anti-terroriste » in *Communication-Commerce électronique*, 2006, n° 5, p.45
- CARON Christophe « Le juge et le site Internet étranger » in *Communication-Commerce électronique*, 2007, n° 9, p.1
- CHASSAING Jean-François « L'Internet et le droit pénal » in *Rec. Dalloz*, 1996, chron., pp. 329-334
- CSONKA Peter “The Council of Europe’s Convention on Cyber-Crime and Other European Initiatives”, in *RIDP*, 2006, pp.495-501
- DREYER Emmanuel « La protection des mineurs accédant à l'Internet, adopter la loi française comme modèle ? », in *RTDH*, 2003, n°54, pp.581-625
- DE HERT Paul, GONZALEZ FUSTER Gloria, KOOPS Bert-Jaap « Fighting cybercrime in the two Europes. The added value of the EU framework decision and the Council of Europe Convention », in *RIDP*, 2006, pp. 503-524
- LEPAGE Agathe « Internet: un nouvel espace de délinquance », in *Actualités juridiques-pénal*, 2005, n°6, pp.217-223.
- LEVY Marc et ESKINAZI Emmanuel « Les fournisseurs d'accès et d'hébergement face à la cybercriminalité » in *La Gazette du Palais*, 19 avril 2005 n° 109, p. 33.
- MARIA RICCIO Giovanni « La Cour de cassation italienne crée une différence entre la diffusion de pédo-pornographie via chat-room et via le Web » disponible à l'adresse : <http://www.droit-technologie.org/actuality-651/la-cour-de-cassation-italienne-cree-une-difference-entre-la-diffusion.html>
- PADOVA Yann « un aperçu de la lutte contre la cybercriminalité en France », in *Revue de sciences criminelles*, 2002, n°4, pp.765-780.
- REYNAUD Pascal « Le fournisseur d'accès et la conservation des données engendrées par les communications électroniques » in *Communication Commerce électronique*, 2005, n° 6, p.25
- VIVANT Michel « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », in *J.C.P. G.*, 1999, I., 180, pp. 2021-2025
- VIVANT Michel « le commerce électronique, défi pour le juge », in *Dalloz DA*, 2003, p.674

Articles sur le droit pénal au sein de l'Union européenne

- BERNARDI Alessandro « Le rôle du troisième pilier dans l'eupéanisation du droit pénal : un bilan synthétique à la veille de la réforme des traités » in *Revue de Sciences criminelles*, 2007, p.713
- BOSLY Stéphanie et VAN RAVENSTEIN Matthieu, « L'harmonisation des incriminations », *Actualités de droit pénal européen*, in *les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, sous la direction de Daniel FLORE , 2003, n°9, pp.19-58

- CLAISSE Simon et JAMART Jean-Sébastien « L'harmonisation des sanctions », *Actualités de droit pénal européen, in les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie*, sous la direction de Daniel FLORE, 2003, n°9, pp.59-79
- COMBEAUD Sébastien « Première réussite pour le principe de reconnaissance mutuelle : le mandat d'arrêt européen », *in RIDP*, 2006, pp.131-142
- CSONKA Peter « Les perspectives futures du droit pénal de l'Union européenne », *in RIDP*, 2006, pp.347-350
- DELMAS-MARTY Mireille « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité » *in L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, société de législation comparée, Paris 2003, 592p
- ENDERLIN Christine-Samantha « Le mandat d'arrêt européen et son application en Europe », *in Actualités Juridiques-Pénal*, 2006, n°1, p.24
- FLORE Daniel, « Une justice pénale européenne après Amsterdam », *in JTDE*, 1999, n°60, pp.121-129
- FLORE Daniel « Droit pénal matériel et Union européenne », in Gilles De KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (sdd), *quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp.69-76
- FONTANAUD Daniel « Criminalité organisée », *in RIDP*, 2006, pp.193-199
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève « Introduction générale » *in L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY*, société de législation comparée, Paris 2003, p.8
- JEGOUZO Isabelle « Le développement progressif du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne », *in RIDP*, 2006, pp.97-111
- KAUFF-GAZIN Fabienne « Indemnisation des victimes de la criminalité » *in Europe*, 2004, n° 10, comm. 321
- LAMBERT-ABDELGAWAD Elisabeth « tentative de modelisation » *in L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, sous la direction de Mireille DELMAS-MARTY, société de législation comparée, Paris, 2003, p.433
- LABAYLE Henri « Instruments et procédures de l'ELSJ : quelques réflexions critiques devant le groupe JAI de la Convention pour l'avenir de l'Europe », *in Europe*, 2003, n°1, pp.3-8
- LABAYLE Henri « L'espace de liberté, sécurité et justice dans la constitution pour l'Europe », *in RTDE*, 2005, n°2, pp.437-472
- LABAYLE Henri « Architecte ou spectatrice ? La CJCE dans l'ELSJ », *in RTDE* 2006, n°1, pp.1-46
- LABAYLE Henri « Droits de l'Homme et sécurité intérieure dans l'Union européenne, l'équation impossible », *in Revue des affaires européennes*, 2006, n°1, pp.93-109
- LECRUBIER Daniel « Le droit matériel : réactions aux propos de Daniel FLORE » *in Gilles De KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (sdd), quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp.77-80
- MANACORDA Stefano « L'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne (2003-2004) », *in Revue de sciences criminelles*, 2004, pp.969-977
- MANACORDA Stefano « Les rapports entre droit de fond et procédure dans la construction de l'Europe pénale » *in Revue de sciences criminelles*, 2005, Dalloz, pp.7-13

- MANACORDA Stefano « Reconnaissance mutuelle et droits fondamentaux dans l'Espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne : un développement inégal » in *Revue de sciences criminelles*, 2006, p. 881
- MANACORDA Stefano « La consolidation de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice : vers une « mise à l'écart » du rapprochement pénal ? » in *Revue de sciences criminelles*, 2007, p.899
- MALABAT Valérie « Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen », in *Droit pénal*, 2004, no 11, p. 6
- MASSE Michel « Chronique internationale, l'entraide judiciaire internationale, version française-suite », in *Revue de sciences criminelles*, 2005, Dalloz, p.952
- NOURRISSAT Cyril « Droit civil de l'Union européenne » in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1321
- PRADEL Jean « Le mandat d'arrêt européen. Un premier pas vers une révolution copernicienne dans le droit français de l'extradition », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1392.
- REYNAUD Pascal « Le fournisseur d'accès et la conservation des données engendrées par les communications électroniques » in *Communication-Commerce électronique*, 2005, n°6, p.25
- TABAROT Michèle, *Rapport n°608 sur le projet de loi (n°528) pour la confiance dans l'économie numérique*, Assemblée Nationale, 11 février 2003, <http://www.assemblee-nat.fr>.
- VERBIEST Thibault et WERY Etienne « La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels », in *J.T.*, 2001, p. 165
- VERDURE Christophe « Les hébergeurs de sites web : victimes ou régulateurs de la société de l'information », in *DCCR*, 2005, n°68, p.34 et disponible sur le site www.droit-technologie.org
- VIVANT Michel « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », in *J.C.P. G*, 1999. I. 180, p.2021.
- WEYEMBERGH Anne « La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne : mise en perspective » in *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Gilles de KERCHOVES (sdd) et Anne WEYEMBERGH, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, p.25-63
- WEYEMBERGH Anne « Le rapprochement des législations pénales au sein de l'Union européenne : les difficultés et leurs conséquences » in *Espace pénal européen, enjeux et perspectives*, Gilles de KERCHOVES (sdd) et Anne WEYEMBERGH, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001, pp. 127-143
- WEYEMBERGH Anne « Le rapprochement des incriminations et des sanctions pénales », in *RIDP*, 2006, pp.186-192
- WILLIAMS Charles « The European evidence Warrant », in *RIDP*, éditions Erès, 2006, p.155

Thèses :

- VALLET Caroline *La réglementation des contenus illicites circulant sur le réseau Internet en droit comparé, mémoire*, 2004, université de Laval, Québec, disponible sur le site web : http://www.memoireonline.com/12/05/13/m_memoire-reglementation-contenus-illicites-internet.html

Instruments juridiques

Instruments juridiques internationaux.

- Convention de l'OIT n°182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes du travail des enfants
- Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 par la résolution A/RES/44/25, entrée en vigueur le 26 mars 1997
- Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté le 26 juin 2000 par la résolution A/RES/54/263, entré en vigueur le 18 janvier 2002.

Instruments juridiques élaborés au sein du Conseil de l'Europe

Conventions :

- Convention européenne d'extradition, adoptée le 13 décembre 1957, entrée en vigueur le 18 avril 1960, STCE n°24.
- Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée le 25 janvier 1996, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2000, STCE n°160.
- Convention sur la cybercriminalité, adoptée le 23 novembre 2001, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004, STCE n°185.
- Convention sur la lutte contre la traite des êtres humains, adoptée le 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1^{er} février 2008, STCE n° 197.
- Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels du 25 octobre 2007, STE 201

Recommandations du Comité des Ministres :

- Recommandation R (89) 9 du 13 septembre 1989 sur la criminalité en relation avec l'ordinateur,
- Recommandation R (95) 13 du 11 septembre 1995 relative aux problèmes de procédure pénale liés à la technologie de l'information en vue de rapprocher les conceptions nationales touchant certaines formes d'emploi abusif de l'ordinateur .

Instruments juridiques élaborés par les institutions de l'Union européenne

Règlements :

- Règlement (CE) n° 2201/2003 « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, JO L 338 du 23 décembre 2003, p.1.

Directives :

- Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), JO L 178 du 17 juillet 2000, p.1
- Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO n° L 201, 31 juill. 2002, p. 37
- Directive 2002/90/CE du 28 novembre 2002 définissant l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irrégulier, JO L 328 du 5 décembre 2002, p. 17
- Directive 2003/86/CE du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO L 251 du 3 octobre 2003, p.12.
- Directive 2004/80/CE du 29 avril 2004 relative à l'indemnisation des victimes de la criminalité, JO L 261 du 6 août 2004, p.15
- Directive 2004/81/CE du 29 avril 2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, JO L 261, du 6 août 2004, p. 19
- Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, JO n° L 105, 13 avril 2006, p.54

Décisions :

- Décision du 3 décembre 1998 visant à compléter la définition de la forme de criminalité dite «traite des êtres humains» figurant à l'annexe de la convention Europol, JO C n° 26 du 30 janvier 1999, p.21
- Décision 276/1999/CE du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux, JOL 33 du 6 février 1999, p.1.
- Décision 2000/293 CE du 24 janvier 2000 établissant un programme d'action communautaire quadriennal (2000-2003) relatif à des mesures pour lutter contre la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes, JO L 34 du 9 février 2000, p.1.

- Décision 2000/375 JAI du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet, JO L 138 du 9 juin 2000, p.1.
- Décision 2002/630/JAI du 22 juillet 2002 établissant un programme cadre concernant la coopération judiciaire et policière en matière pénale JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.5
- Décision 803/2004/CE du 21 avril 2004 adoptant le programme d'action communautaire (2004-2008) visant à prévenir et à combattre la violence envers les enfants, les adolescents et les femmes et à protéger les victimes et les groupes à risque (programme Daphné II), JO L 143 du 30 avril 2004, p. 1.
- Décision 854/2005/CE du 11 mai 2005 instituant un programme communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre de l'Internet et des nouvelles technologies en ligne JO L 149 du 11 juin 2005, p. 1.
- Décision 2007/116/CE du 15 février 2007 sur la réservation de la série nationale des numéros commençant par «116» à des numéros harmonisés pour des services à valeur sociale harmonisés JO L 49 du 17 février 2007, p.3

Décisions-cadres :

- Décision-cadre 2000/383/JAI du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux-monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L 140 du 14 juin 2000, p. 1.
- Décision-cadre 2001/220/JAI du 15 mars 2001 relative au statut des victimes dans le cadre de procédures pénales, JO L 82 du 22 mars 2001, p. 1.
- Décision-cadre 2001/413/JAI du 28 mai 2001 concernant la lutte contre la fraude et la contrefaçon des moyens de paiement autres que les espèces JO L 149 du 2 juin 2001, p. 1.
- Décision-cadre 2001/500/JAI du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime JO L 182 du 5 juillet 2001, p. 1.
- Décision-cadre 2002/475/JAI du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme JO L 164 du 22 juin 2002, p. 3.
- Décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18 juillet 2002, p. 1.
- Décision-cadre 2002/629/JAI du 19 juillet 2002 relative à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 203 du 1^{er} août 2002, p.1.
- Décision-cadre 2002/946/JAI du Conseil du 28 novembre 2002 visant à renforcer le cadre pénal pour la répression de l'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers JO L 328 du 5 décembre 2002, p. 1.
- Décision-cadre 2003/80/JAI du 27 janvier 2003 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, JO L 29 du 5 février 2003, p.55.
- Décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003 relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, JO L 192 du 31 juillet 2003, p. 54.
- Décision-cadre 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve, JO L 196 du 2 août 2003, p.45
- Décision-cadre 2004/68/JAI du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, JO L 13 du 20 janvier 2004, p. 44.

- Décision-cadre 2004/757/JAI du 25 octobre 2004 concernant l'établissement des dispositions minimales relatives aux éléments constitutifs des infractions pénales et des sanctions applicables dans le domaine du trafic de drogue, JO L 335, du 11 novembre 2004, p.8.
- Décision-cadre 2005/212/JAI du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime JO L 68 du 15 mars 2005, p.49.
- Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux décisions de confiscation JO L 328 du 24 novembre 2006, p.59

Conventions :

- Convention du 26 juillet 1995 relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté européenne, JO C 316 du 27 novembre 1995, p. 49.
- Convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne, JO C 195 du 25 juin 1997, p. 2.

Actions communes :

- Action commune 96/443/JAI du 15 juillet 1996 relative à l'action contre le racisme et à la xénophobie, JO L 185 du 24 juillet 1996, p. 5.
- Action commune 96/700/JAI du 22 novembre 1996 établissant un programme d'encouragement et d'échanges destiné aux personnes responsables de l'action contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO L n°322 du 12 décembre 1996, p.7
- Action commune 96/748/JAI du 16 décembre 1996 élargissant le mandat de l'Unité « drogues » Europol à la lutte contre la traite des êtres humains, JO L 342 du 31 décembre 1996, p.4
- Action commune 97/154/JAI du 24 février 1997 relative à la lutte contre la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des enfants, JO L 63 du 4 mars 1997, p. 2.
- Action commune 98/733/JAI du 21 décembre 1998 relative à l'incrimination de la participation à une organisation criminelle dans les Etats membres de l'Union européenne, JO L 351 du 29 décembre 1998, p. 1.
- Action commune 98/742/JAI du 22 décembre 1998 relative à la corruption dans le secteur privé, JO L 358 du 31 décembre 1998, p. 2.

Résolutions du Parlement :

- Résolution A4-0393/96 du 12 décembre 1996 sur les mesures de protection des enfants mineurs dans l'Union européenne, publiée au JO C 20 du 20 janvier 1997, p.170.
- Proposition de résolution B5.0499/2000, du Parlement européen sur le blocage des sites de pédophilie sur l'Internet élaborée à la suite de son rapport sur la proposition

de la décision-cadre sur la lutte contre l'exploitation sexuelle et la pédopornographie
(rapport du 31 mai 2001, Final A5-0206/2001)

Instruments juridiques nationaux :

- Article 383 bis du code pénal belge
- Article 22 du code pénal allemand
- Article 16 al 3 du code pénal espagnol
- Article 227-23 du code pénal français
- Article 121-5 du code pénal français
- Loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 (loi sur la confiance dans l'économie numérique)
- Child Pornography Prevention Act (*CPPA*) 18 USC s 2252A du 30 septembre 1996

Documents

Conseil de l'Europe

Disponible sur le site du Conseil de l'Europe www.coe.int

- Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité.
- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe *Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet*, 840e réunion des Délégués des ministres, Strasbourg, 28 mai 2003.
- Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Rapport sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, Edition du Conseil de l'Europe, Strasbourg., 2003, 92 p.
- Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Criminalité organisée en Europe : la menace de la cybercriminalité Rapport de situation 2004*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, 280p.
- Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques, *Traite des êtres humains : recrutement par Internet*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007, 30 p.
- Direction générale des droits de l'Homme et des affaires juridiques *Lignes directrices pour la coopération entre organes de répression et fournisseurs de services internet contre la cybercriminalité*, Strasbourg, le 2 avril 2008

Institutions de l'Union européenne :

Commission

- Communication sur le *contenu illégal et préjudiciable sur Internet* du 16 octobre 1996 (COM (96) 487)
- Proposition de la décision-cadre sur l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, COM (2000) 854 final 2, JO, N°C 062 E du 27 février 2001, p.0327
- Proposition de la Commission de décision-cadre relative au mandat européen d'obtention de preuves tendant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales, 14 novembre 2003, COM (2003) 688 final.
- Mise à jour semestrielle du tableau de bord pour l'examen des progrès réalisés en vue de la création d'un espace de liberté, sécurité et justice dans l'Union européenne, du 30 décembre 2003, COM (2003) 0812 final.
- Proposition du 22 avril 2004 pour une décision-cadre concernant certains droits procéduraux accordés dans des procédures pénales dans l'UE, COM (2004) 328
- Livre vert sur la présomption d'innocence du 26 avril 2006, Com (2006) 174
- COM(2007) 267 final du 22 mai 2007 Communication de la Commission au Parlement et au Conseil *Vers une politique générale en matière de lutte contre la cybercriminalité*
- Rapport du 16 novembre 2007 fondé sur l'article 12 de la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie COM (2007) 716 final

- Proposition de programme pluriannuel de la Commission pour la protection de l'enfant lors de l'utilisation d'Internet et des autres moyens de télécommunications du 27 février 2008 COM(2008) 106 final

Conseil

- Conclusions de la présidence du Conseil européen de Tampere du 15-16 octobre 1999, SN 200/99
- Document 9402/1/01 du 19 juillet 2001 (DROIPEN 50), et sa synthèse : document 12531/01 du 5 octobre 2001 (DROIPEN 84).
- Document 14216/01 du 3 décembre 2001 sur la proposition de décision-cadre relative à la traite des êtres humains DROIPEN 97 MIGR 90
- Document n°6623/02 Proposition de décision-cadre du conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, note de la présidence du 28 février 2002.
- Document 9141/02 « Conclusions relatives à l'approche à suivre en vue d'une harmonisation des peines » du 27 mai 2002 DROIPEN 33
- Document 12418/02 du 7 octobre 2002, DROIPEN 68 MIGR 92
- Projet de décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, document 9140/1/02 DROIPEN 32 REV 1, p3
- Conclusions du Conseil du 8 mai 2003 sur la conférence de Bruxelles sur la « prévention de la traite des êtres humains et lutte contre ce phénomène – un défi mondial pour le XXI^{ème} siècle », JO C n° 137 du 12 juin 2003, p.1 et s

Parlement

- Rapport du 31 mai 2001 sur la proposition de décision-cadre du Conseil relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, FINAL A5-0206/2001.
- Rapport du 24 septembre 1993 de la Commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie, PE 204.502

Comité des Régions

- Avis du 18 novembre 1999 sur la coopération régionale et locale pour protéger les enfants et les adolescents contre les mauvais traitements et la négligence dans l'Union européenne, JO C 57 du 29 février 2000, p.46.

Institutions nationales

- Sénat (France) *La lutte contre la pornographie infantine*, document de travail n°LC 90, du 18 mai 2001, p.7.
- CNIL Communiqué du G29 du 25 juin 2008

Associations

- ECPAT International *La violence contre les enfants dans le cyberspace*, 2005, 100p, disponible sur le site web de l'organisation <http://www.ecpat.net/fr/index.asp>
- Save the Children Europe Group *Position paper regarding online images of sexual abuse and other Internet-related sexual exploitation of Children Updated*, 2005, 39p, disponible sur le site web de l'organisation : www.savethechildren.net/alliance/getinvolved/report/index.html
- Le Forum des Droits sur l'Internet *Recommandation Les Enfants du Net II Pédopornographie et Pédophilie sur l'Internet*, 2005, 75p, disponible sur le site web de l'organisation <http://www.foruminternet.org/>
- Rapport d'activité de l'organisation Inhope *2007 Global Internet Trend Report*, septembre 2004-décembre 2006, disponible sur le site de l'organisation www.inhope.org
- CARR John (Pour NCH) *Child abuse, child pornography and Internet*, 2003, disponible sur le site de l'organisation www.nch.org.uk

Décisions :

CJCE

- arrêt du 21 septembre 1989 Commission contre République hellénique *Affaire du maïs grec*, Rec. 1988, p.2965 (aff. 68/88)
- arrêt du 16 juin 2005 arrêt *Maria Pupino*, Rec. 2005, p. I-05285 (Aff. C-105/03)
- arrêt du 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*, Rec. 2007, p. I-03633 (Aff. C-303/05,)

Juridictions nationales

Etats-Unis :

- Cour suprême, arrêt du 21 juin 1973, *Miller v/ California* 413 U.S. 15 (1973)
- Cour suprême, arrêt du 16 avril 2002, *Ashcroft v/ Free Speech Coalition* 535 U.S. 234 (2002)

France :

- Ccass., Crim., 11 janvier 2005 (n°04-86.210)
- Ccass., Crim., 1^{er} février 2006 (n°05-84.661)
- Cour d'appel de Douai, 30 juin 2006
- Tribunal correctionnel de Paris, 5 octobre 1972, *Gazette du Palais*, 1973, 1, p.211.

Italie :

- Ccass., Penale, 3 février 2003, n. 4900, en ligne sur le site <http://www.droit-technologie.org>

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	5
LISTE DES ABREVIATIONS	6
INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE: L'ILLUSION DE L'HARMONISATION DES INCRIMINATIONS	14
CHAPITRE 1 : UNE TENTATIVE DE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS	15
<i>Section 1 : L'adoption d'une définition commune de l'enfant, enjeu de sa protection</i>	15
I. L'adoption tardive d'une définition de l'enfant.....	16
A. La notion d'enfant, une gestation difficile avant sa naissance ..	16
B. La définition de l'enfant, une longue crise d'adolescence avant la maturité.....	18
II. L'adoption d'une définition extensive de l'enfant.....	19
A. L'enfant et son image : la nécessité d'une protection équivalente.....	19
B. L'émergence d'un nouvel aspect de la traite des êtres humains ?	21
<i>Section 2 : Le rapprochement limité des éléments constitutifs des infractions</i>	23
I. L'incrimination étendue des infractions de pédopornographie	23
A. Une définition européenne de la pédopornographie, condition de son incrimination	23
B. Le spectre large des incriminations liées à la pédopornographie sur Internet.....	25
II. Un effort de rapprochement dangereusement limité.....	27
A. Des limites quantitatives : l'oubli de certains matériels.....	27
B. Des limites qualitatives : l'immunité de comportements susceptibles de porter atteinte à la dignité de l'enfant.....	28

CHAPITRE 2 : L'IMPOSSIBLE RAPPROCHEMENT DES INCRIMINATIONS 30

Section 1 : Une notion d'enfant à la carte..... 30

I. « Une harmonisation en trompe l'œil » : la nuisance des clauses d'exonérations 31

A. La consécration d'une notion à géométrie variable : la majorité sexuelle..... 32

B. Une protection kaléidoscopique de l'image de l'enfant..... 33

II. L'impossible restriction du champ d'application de ces exonérations de responsabilité pénale..... 35

A. L'inefficacité des conditions encadrant les exonérations de responsabilité pénale 35

B. L'impossible détermination de l'âge de l'enfant représenté 36

Section 2. Des concepts majeurs aux mains des Etats..... 38

I. Une « harmonisation en surface » 38

A. La marge nationale d'appréciation des incriminations..... 38

B. Les concepts divergents des droits pénaux nationaux..... 39

II. L'absence de définition commune de la pornographie 41

A. L'impossible accord sur la définition de la pornographie 41

B. La recherche de nouveaux concepts ?..... 43

SECONDE PARTIE : L'EXISTENCE D'UN CONTRÔLE ECLECTIQUE 45

CHAPITRE 1 : UN JUGE NATIONAL EVOLUANT DANS UN SYSTEME JUDICIAIRE EUROPEEN 46

Section 1 : La délicate mise en œuvre d'un système européen de sanctions pénales 46

I. L'élaboration d'un système européen de peines communes 47

A. L'adoption de peines pénales communes 47

B. L'ébauche d'une première harmonisation des peines pénales... 50

II. . Un système européen inachevé de peines communes 51

A. Un système complexe à géométrie variable 51

B. Un système insuffisant 53

Section 2 : L'encadrement européen de l'effectivité de l'instance nationale 55

I. La consécration d'une compétence universelle 55

A. Des cyber-infractions réputées commises sur le territoire 55

B. L'impossible restriction à cette compétence 57

II. L'ode à la coopération internationale 60

A. L'émergence d'une obligation d'échange d'informations entre les Etats 60

B. Le ressort européen de l'exécution des décisions nationales 61

CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE D'UNE AUTOREGULATION DE L'INTERNET	64
<i>Section 1 : la collaboration particulière des acteurs du réseau.....</i>	<i>64</i>
I. Les fournisseurs, juges délégués du réseau.....	65
A. Une présomption d'irresponsabilité des intermédiaires techniques.....	65
B. Des conditions particulières à cette irresponsabilité.	67
II. Des assistants numériques des procureurs.....	68
A. L'émergence d'un contrôle citoyen du Web.....	69
B. L'obligation de conserver les données.....	70
<i>Section 2 : Des nouveaux défis à réaliser.....</i>	<i>72</i>
I. Des droits incertains	72
A. Des droits limités de la victime	73
B. Des droits en danger	74
II. La recherche de nouvelles solutions alternatives à la répression	75
A. Une certification préventive.....	75
B. L'intervention nécessaire de nouveaux acteurs.....	77
CONCLUSION.....	78
ANNEXES.....	80
ANNEXE 1.....	81
DECISION-CADRE 2004/68/JAI ADOPTEE LE 22 DECEMBRE 2003	81
ANNEXE 2.....	87
DEFINITIONS RELATIVES A LA CYBERCRIMINALITE	87
BIBLIOGRAPHIE.....	91
TABLE DES MATIERES.....	108