Sexualité, Internet et droits de l'Homme

Valérie Olech

Doctorante en droit privé et sciences criminelles,
Institut François-Gény (EA7301), Université de Lorraine, France

Résumé : Internet est avant tout un lieu d'expression pour les individus, un support de la communication. Ainsi, ses rapports avec le droit et la sexualité s'analysent au regard des tensions entre le droit au respect de la vie privée et la liberté d'expression. La sphère d'intimité des individus, dont la sexualité fait partie, est protégée spécifiquement, en droit civil, contre la curiosité des tiers. Cette protection générale s'applique à Internet. Le droit pénal protège spécifiquement l'atteinte à l'intimité sexuelle des personnes sur Internet par le biais d'une incrimination spécifique. Enfin, Internet est également un lieu d'expression de la sexualité. La liberté d'expression, s'agissant de sa sexualité ou de la sexualité d'autrui, connait des limites. Certaines infractions spécifiques tendent à protéger les mineurs, d'autres protègent l'honneur des personnes et toutes constituent un frein à la libre expression de la sexualité sur Internet.

Mots-clés : sexualité, droits de l'Homme, droits de la personnalité, vie privée, liberté d'expression, Internet

Introduction

Appréhender les liens entre sexualité, droits de l'Homme et Internet nécessite de s'astreindre à définir chacun de ces termes ou au moins à en esquisser les contours. L'Internet est défini comme un « réseau télématique international, qui résulte de l'interconnexion des ordinateurs du monde entier utilisant un protocole commun d'échanges de données afin de dialoguer entre eux *via* les lignes de télécommunication (lignes téléphoniques, liaisons numériques, câble [1]) ».

Il s'agit donc d'une technique dite de l'information et de la communication, un outil de communication.

Les termes « sexualité » et « droits de l'Homme » sont bien plus difficiles à cerner. D'emblée la formule « droits de l'Homme » renvoie le profane comme le juriste à une

1. Encyclopédie Larousse en ligne accessible sur www.larousse.fr, dernière consultation le 1er octobre 2017.

multitude de sources, nationales [2] et internationales [3]. Pour le juriste ce domaine relève *a priori* d'une sphère particulière du droit, enseignée à l'université comme relevant du droit public, du droit international public ou du droit de l'Union européenne. Pour reprendre la comparaison éclairante formulée par B. Melin-Soucramanien, les droits de l'Homme sont des « droits subjectifs publics tendant à protéger les personnes contre l'État et les autorités publique [4] » tandis que les droits de la personnalité [5] sont des droits subjectifs dont le but est :

> « [...] d'appréhender et de protéger l'existence concrète des personnes, c'est-à-dire ce qui caractérise véritablement leur individualité. Assez facilement identifiable, les droits de la personnalité protègent ainsi la vie privée, le nom, le domicile, les correspondances et données personnelles, l'image, la voix, le corps, ainsi que l'honneur et la réputation [6]. »

Toutefois, droits de l'Homme et droits de la personnalité connaissent une certaine « convergence », selon le même auteur ces deux sphères du droit qui paraissent représenter une mosaïque esquissent en fait un « même dessin », la personnalité en étant le centre. L'exemple topique consiste dans la protection de la vie privée qui est consacrée en droit interne par l'article 9 du Code civil, droit subjectif auquel le droit pénal français vient apporter le soutien de sa sanction par le biais de nombreux textes d'incrimination. La vie privée est également un droit fondamental au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et reconnue par le Conseil constitutionnel [7].

Ainsi l'individu est titulaire d'un droit subjectif [8] au regard des tiers privés mais bénéficie également d'une protection de sa vie privée contre les immixtions des autorités publiques dans cette sphère. Par ailleurs, la « sexualité » n'est pas protégée comme telle, elle ne fait pas l'objet d'un droit subjectif, que ce soit par les droits fondamentaux de l'Homme ou par les droits de la personnalité, elle n'est appréhendée que comme élément de la vie privée. Or, les individus, en droit interne, bénéficient d'un droit au respect de leur vie privée. La question des contours de la notion de vie privée contenant de nombreuses problématiques fondamentales, il est impossible, dans le cadre de cette modeste contribution, d'en expliquer tous les ressorts et toutes

2. Dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et dans le préambule de Constitution de 1946.

3. Comme sources internationales, par exemple la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 et comme sources internationales régionales, par exemple la Convention Européenne de sauvegarde des droits (pour une étude complète sur les sources internationales des droits de l'Homme, voir Sudre, F. (2011), *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, PUF.

4. Melin-Soucramanien, B. (2013), « Qualification de droit de la personnalité au regard du droits fondamentaux », *in* Saint-Pau, J.-C. (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. « Traités », LexisNexis, n° 679.

5. Les droits de la personnalité sont d'abord d'essence doctrinale (l'article cité comme fondateur et le premier faisant mention du concept de « droits de la personnalité » est celui de Perreau, H.-E. (1909), « Des droits de la personnalité », *RTD civ.,* p. 501 et s.). Par la suite, le législateur va consacrer un certain nombre de ces droits comme par exemple le droit au respect de l'intégrité corporelle (art. 16-1 du Code civil) et l'article 9 du Code civil considéré comme le texte matriciel des droits de la personnalité (Saint-Pau, J.-C., note ss Cass., 1ère civ., 16 juill. 1998, *D.* 1999, p. 541).

6. Melin-Soucramanien, B. (2013), « Qualification de droit de la personnalité au regard du droits fondamentaux », *in* Saint-Pau, J.-C. (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. « Traités », LexisNexis, n° 679.

7. Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, cons. 3 ; rappr. 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, cons. 44.

8. La notion de droit subjectif a donné lieu à de nombreuses études. Pour une présentation synthétique, voir. Rochfeld, J. (2013), *Les grandes notions du droit privé*, 2e éd., PUF, coll. « Thémis », p. 145s.

les implications, d'autant que son périmètre évolue en fonction des époques et des sociétés [9].

Pour définir le concept de droit au respect de la vie privée nous choisirons de donner une définition générique proposée par J.-C. Saint-Pau :

> « Le droit au respect de la vie privée permet à chacun d'exiger de l'État comme des particuliers, le respect de la liberté d'action et du secret des informations relatives à l'identité et à l'intimité. Le droit manifeste ainsi un pouvoir d'action et un pouvoir de contrôle de certaines informations, c'est-à-dire en dernière analyse le pouvoir d'autoriser ou de s'opposer à une investigation ou une divulgation d'informations relatives à l'identité ou à l'intimité [10]. »

Ainsi, d'un point de vue conceptuel, la sexualité relève de la vie privée dès lors que celle-ci est partie intégrante de l'intimité corporelle [11] et se traduit par le respect du « secret des mœurs et des choix sexuels [12] ». D'un point de vue substantiel, la sexualité comme composante de la vie privée est protégée des atteintes par les tiers. Cette atteinte se caractérise notamment par le fait de communiquer, de divulguer, à des tiers, des informations relatives à la vie privée d'un individu.

Dès lors qu'il est question de communication [13], cette protection doit être mise en balance avec un droit fondamental : le droit à la liberté d'expression [14]. Droit au respect de la vie privée et droit à la liberté d'expression peuvent donc entrer en conflit. À ce stade, un autre niveau d'analyse point : le rapport entre droit à la liberté d'expression et sexualité.

Si la sexualité est protégée au titre du droit au respect de la vie privée elle peut aussi être appréhendée comme une « information susceptible d'être communiquée au public au regard du droit à la liberté d'expression » puisque ce dernier contient, entre autres, la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées [15]. Ainsi peut-on interroger les rapports entre, d'une part, sexualité et droit à la liberté d'expression et, d'autre part, sexualité et protection du droit au respect de la vie privée. Dans la

9. De manière générale, le caractère évolutif de la notion de vie privée ne fait que démontrer, s'il en était encore besoin, que « le droit est un contenant plutôt qu'un contenu » ; les orientations de fond des normes juridiques relèvent de l'activité politique et de ses choix, l'activité juridique n'intervenant qu'ensuite, pour fixer ces choix « dans une forme socialement reconnue » (Libchaber, R. (2013), *L'ordre juridique et le discours du droit*, LGDJ, n° 114, p. 142).

10. Saint-Pau, J.-C. (2013), « Le droit au respect de la vie privée », *in* Saint-Pau, J.-C. (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, coll. « Traités », n° 1103.

11. *ibid.* n° 1189.

12. *ibid.* n° 1196.

13. L'inviolabilité de la vie privée comme objet du droit au respect de la vie privée se traduit par le droit de s'opposer à la communication publique ou privée d'informations relative à la celle-ci.

14. Pour un développement complet sur ce conflit de normes, voir Pech, L. (2009), *in* Beignier, B., De Lamy B. et Dreyer, E. (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, coll. « Traités », n° 135 et s.

15. Que l'on peut définir ainsi : « La liberté d'expression doit ainsi s'entendre comme le droit garanti à chacun de manifester (ou non) ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit – que ce soit par la parole, par l'écriture ou par l'image, par le geste ou une certaine attitude, ou par tous les moyens modernes de reproduction et de diffusion de la pensée et de la parole – ainsi que la liberté de communiquer à autrui des idées ou des informations, ce qui implique également le droit d'en recevoir et, si l'on en croit une décision du Conseil constitutionnel, la liberté d'accéder à l'Internet. » (Pech, L. (2010) « Liberté d'expression : aperçus de droit comparé », *JCl.* Comm., Fasc. 1250, n° 2).

première hypothèse, le droit de s'exprimer sur sa propre sexualité connaît une limite dans la protection des « bonnes mœurs [16] » et la protection des mineurs [17] ; la liberté de s'exprimer sur la sexualité d'autrui trouve sa limite dans le droit au respect de la vie privée et le respect du droit à « l'honneur [18] ». Dans la seconde hypothèse, le droit au respect de la vie privée permet aux individus de demander réparation pour toute atteinte à leur vie privée [19], tandis que le droit pénal sanctionne certaines de ces atteintes à la vie privée, notamment à l'intimité de la vie sexuelle.

Nous avons retracé les rapports entre sexualité et droits de l'Homme et expliqué pourquoi il était pertinent de les traiter sous l'angle des droits de la personnalité et plus particulièrement du droit au respect de la vie privée. Cette première précision nous a amené à tracer une des limites de ce droit au regard du droit à la liberté d'expression et à préciser que le droit à la liberté d'expression pouvait trouver une illustration dans l'expression de la sexualité des individus. Dès lors, il s'agit principalement de s'opposer à la divulgation d'une information portant sur la sexualité ou de protéger le droit de communiquer des informations portant sur celle-ci. De nombreuses études sont consacrées à la question du conflit entre droit au respect de la vie privée et droit à la liberté d'expression. Ce conflit de normes est l'objet d'un contentieux riche et protéiforme [20] qui peut être remis en perspective en raison de l'usage de techniques de communication nouvelles telles que l'Internet. De même, l'Internet conçu – de manière fort utopique – comme un espace de liberté d'expression sans entrave [21], invite à interroger les limites de cette liberté face à d'autres intérêts protégés.

En somme, ce sujet fait écho à un thème bien connu des juristes, celui du rapport entre technique et droit, qualifié de « point de tangence [22] » par V. Lasserre. Le juriste est en effet sans cesse amené à s'interroger sur l'influence des techniques sur le droit et du droit sur les techniques. À ce titre, Internet est présenté comme le défi pour les juristes de notre siècle. Les techniques, sans cesse renouvelées, mettent à l'épreuve le droit commun et nécessitent parfois la mise en place de dispositions nouvelles, plus adaptées à la particularité de l'outil. Mais la rencontre entre Internet et Droits de la personnalité n'est pas intéressante à tout point de vue. S'agissant d'un outil de communication sur lequel certains individus s'exhibent et se livrent à des indiscrétions, c'est principalement sous l'angle de la protection de la vie privée et des mécanismes spécifiques de protection de celle-ci que sera envisagé le rapport entre sexualité et Internet (1.). Puis, sous l'angle de la liberté d'expression, puisqu'Internet a été fantasmé comme une agora mondiale où chacun pourrait donner son point de

16. Pour une étude complète, voir Leonhard, J. (2011), *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Université de Nancy II, n° 37-82.

17. *ibid.* n° 302-482.

18. Pour une étude complète voir Beignier, B. (2014), *L'honneur et le droit*, L.G.D.J, coll. « Anthologie du droit ».

19. En matière civile, sur le fondement de l'article 9 du Code civil.

20. Relevant du Droit civil d'une part et du droit de la presse d'autre part mais trouvant également des applications importantes dans jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Pour une étude complète voir Pech, L. (2009), *in* Beignier, B., De Lamy B. et Dreyer, E. (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, LexisNexis, coll. « Traités », n° 135 et s.

21. Lepage, A. (2005), « Droit pénal et Internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation », *AJ Pénal*, p. 217.

22. Lasserre, V. (2015), *Le nouvel ordre juridique – Le droit de la gouvernance*, LexisNexis, coll. « Essais », n° 13.

vue, partager photos et vidéos, il est devenu un lieu d'expression des sexualités. Pour autant, l'individu peut-il tout dire et tout montrer de sa sexualité sur Internet (2.) ?

1 La protection de l'intimité sexuelle sur Internet

La protection de l'intimité sexuelle sur Internet se caractérise par la mise en œuvre des mécanismes de droit commun en matière civile (1.1.) tandis qu'en matière pénale, si certaines infractions générales peuvent concerner la sexualité en ce qu'elles sanctionnent une atteinte à la vie privée, le législateur a souhaité protéger certaines atteintes à l'intimité sexuelle des personnes (1.2.).

1.1 La protection de l'intimité sexuelle par le droit civil

Il est admis, de longue date, que la sexualité des personnes est un élément essentiel de la vie privée. Affirmé par la jurisprudence à de multiples reprises [23] et par le droit commun, ce principe trouve à s'appliquer sur Internet sans différence notable, la protection des informations relative à la sexualité n'en est alors qu'une illustration.

La recherche d'un équilibre entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée n'est pas remise en cause, à ce titre toute victime d'une diffusion non autorisée d'informations relatives à sa vie sexuelle ou d'images relevant de son intimité sexuelle pourra demander réparation sur le fondement de l'article 9 du Code civil, quel que soit le mode de diffusion [24]. Aussi, les juges ont eu l'occasion de rappeler que, s'il est exigé que la personne ait consenti à la divulgation des informations la concernant, cette exigence vaut pour tout support et doit être renouvelée pour toute nouvelle publication [25].

Évidemment, cette protection trouve ses limites dans la balance des intérêts particuliers et généraux faite par le juge. À ce titre, la vie privée bénéficie sur Internet d'une protection étendue puisque la publication sur la toile d'anciens articles de journaux peut être considérée comme illicite dès lors qu'elle « n'est plus contemporaine des faits qui sont relatés [26] ». Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article 9 du Code civil dispose que les juges « peuvent prendre des mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée [27] ». Ici encore, les juges n'hésitent pas à prononcer de telles mesures pour faire cesser des atteintes sur Internet. Mentionnons, en guise d'illustration, une ordonnance du juge des référés du TGI de Paris, en date du 29 avril 2008, prononçant des mesures de retrait et d'interdiction de diffusion d'images et de vidéos,

23. Au niveau européen : Comm. CEDH, 18 mai 1976, *X... c/ Islande*, *Ann,* req. n° 6825-74, 1976, p. 343 – CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, série A, n° 45 – voir également 26 oct. 1988, *Norris c/ Irlande*, série A, n° 142 – CEDH 19 févr. 1997, n° 21627/93, 21826/93 et 21974/93, *D.* 1998. 97, Larralde, J.-M. – RSC 1998. 385, obs. R. Koering-Joulin – RTD civ. 1997. 1013, obs. J.-P. Marguénaud ; CEDH, 17 févr. 2005, nos 4275/98 et 45558/99. En droit interne : Paris, 21 oct. 2004, CCE 2005. Comm. 48, obs. Lepage, A. – TGI Paris, 4 juill. 1984, D. 1986. IR 447, obs. R. Lindon et D. Amson – Versailles, 31 janv. 2002, D. 2003. Somm. 1533.

24. Chopin, F. (2017), « Cybercriminalité », *Rep. pén.*, juillet, n° 174.

25. Viangalli, F. (2006), « Diffamation et droit à l'image », *Dalloz,* n° 18, p. 1020.

26. Lepage, A. (2001) « Propos divers sur les atteintes aux droits de la personnalité commises par l'Internet », *Comm. com. électr.*, n° 6, juin, p. 69.

27. C. civ., art. 9.

notamment sur Internet, montrant les pratiques sadomasochistes d'une personnalité du monde sportif [28].

Ainsi, sur le plan du droit civil, l'intimité de la vie sexuelle est protégée comme faisant partie de la sphère de la vie privée et l'application du droit commun ne présente pas de difficulté particulière.

1.2 Les atteintes à l'intimité sexuelle sanctionnées par le droit pénal

Sur le plan du droit pénal, les exemples les plus intéressants sont sans doute ceux des délits d'atteinte à la vie privée prévus à l'article 226-1 du Code pénal et à l'article 226-2 du Code pénal. Ils intéressent particulièrement notre sujet puisqu'ils font écho à l'actualité et au phénomène du « *revenge porn* », consistant à diffuser sur Internet des photographies ou des vidéos à caractère sexuel de son ancien compagnon ou conjoint. Le délit prévu à l'article 226-1 du Code pénal punit « le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui », soit « en captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », soit « en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». L'article 226-2 du Code pénal punit quant à lui :

> « Le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. »

Dans un arrêt du 16 mars 2016 [29], la chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que les pratiques dites de « *revenge porn* » ne pouvaient être qualifiées d'atteinte à la vie privée au sens des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal, car :

> « Le fait de porter à la connaissance du public ou d'un tiers soit des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, soit l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé n'est punissable que si l'enregistrement ou le document qui les contient a été réalisé sans le consentement de la personne concernée. »

Ainsi, si les photos de la personne concernée avaient été diffusées sans son consentement, cette dernière avait bien consenti à être photographiée nue par son compagnon de l'époque, en conséquence le délit n'était pas constitué.

Mais, devant le nombre croissant de cas de « *revenge porn* », le législateur a souhaité pénaliser cette pratique. L'article 67 de la loi pour la République numérique [30] prévoit

28. TGI Paris, 17e ch., 6 novembre 2013, RG 11/07970, *Max Mosley c. Google Inc. et Google France.*

29. Cass. crim., 16 mars 2016, n° 15-82.676, D. 2016. 935, note A. Serinet – *D.* 1997, chron. B. Laurent, L. Ascensi, E. Pichon et G. Gueho – AJ pénal 2016. 268, obs. J.-B. Thierry – *Dalloz IP/IT* 2016. 321, obs. G. Desgens-Pasanau – RSC 2016. 96, obs. J. Francillon – CCE 2016, comm. n° 42, note A. Lepage – JCP 2016. 658, note J.-C. Saint-Pau.

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

l'ajout d'un article 226-2-1 au Code pénal réprimant cette forme particulière d'atteinte à la vie privée. Il dispose :

> « Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000€ d'amende. »
>
> « Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1. »

On constate donc, au terme de ces quelques illustrations que les règles du droit commun protégeant la vie privée, et à ce titre la sexualité, s'appliquent à l'Internet et que, par ailleurs le législateur est particulièrement vigilant et prompt à adapter le droit au nouveau danger que pourrait représenter Internet en terme d'immixtion dans leur vie privée [31].

2 L'expression de l'intimité sexuelle sur Internet

Internet, agora mondiale, est un terrain fertile d'exercice de la liberté d'expression. Les individus y demandent des conseils, partagent leurs problèmes sexuels [32] et, parfois même, exposent leur intimité sur les réseaux sociaux [33] et conversent à propos de la sexualité des autres. Toutefois, la liberté d'exprimer sa propre sexualité connaît des limites (2.1.) de même que la possibilité de s'exprimer sur celle d'autrui (2.2.).

2.1 La liberté de l'individu d'exprimer sa sexualité

Comme nous l'avons évoqué, la première limite à la liberté d'expression de la sexualité consiste dans le respect de la vie privée d'autrui, mais la question se pose également de ce que l'on publie soi-même, qu'il s'agisse d'écrits, de vidéos ou de photos. Alors l'expression de la sexualité sur Internet est-elle tout à fait libre ?

Bien que le droit à la liberté d'expression soit reconnu comme un droit fondamental, il est assorti de certaines restrictions, l'une d'elles tenant à la protection des mineurs. En effet, si l'on peut s'exprimer publiquement sur son orientation sexuelle, encore faut-il que la forme de cette expression ne tombe pas sous le coup de l'article 227-24 du Code pénal qui prohibe :

> « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité

31. Perrier, J.-B. (2017), « L'adaptation des incriminations », *RSC*, p. 373.

32. Particulièrement sur les forums, pour n'en citer que deux : http ://forum.psychologies.com ou encore http ://forum.doctissimo.fr.

33. Il suffit de se perdre quelques instants sur des réseaux sociaux comme Instagram pour s'en convaincre.

> humaine [...] soit de faire commerce d'un tel message [...] lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. »

Bien que la notion de pornographie soit difficile à appréhender [34], il demeure certain que le droit pénal sanctionne la diffusion de messages ou d'images ayant ce caractère dès lors qu'un mineur serait susceptible de les voir. Il s'agit clairement d'une limite à la liberté d'exprimer sa sexualité, laquelle s'applique également à Internet.

Il faut par ailleurs mentionner une seconde infraction prévue à l'article 227-22 du Code pénal, qui prohibe la corruption de mineur, et celle prévue à l'article 227-22-1 du Code pénal, qui punit le fait de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique [35].

Est également prohibé « 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 », et encore « le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit ».

En effet, l'infraction prévue à l'article 227-23 du Code pénal punit la diffusion d'image pédopornographique sur Internet, mais aussi l'internaute qui serait sexuellement attiré par les mineurs (notons que cela concerne également les images représentant un mineur de 15 ans alors même qu'il s'agit, en France, de l'âge de la majorité sexuelle). Dès lors, certaines formes de sexualités, considérées comme pathologiques par notre société, ne peuvent s'exprimer sur Internet car elles se heurtent, d'une part, à la protection de l'enfant et d'autre part, s'agissant de la prohibition de la représentation à caractère pornographique d'un mineur (particulièrement répandue dans les mangas japonais du type « *lolicon* [36] »), aux bonnes mœurs [37] (dans la mesure où c'est l'image de l'enfance qui est, dans une certaine mesure, protégée).

2.2 La liberté de l'individu de s'exprimer à propos de la sexualité d'autrui

On peut également constater que le droit pénal prohibe certaines formes d'expressions publiques, sur Internet comme sur d'autres supports, afin de protéger les personnes de toute discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle. Si cela ne relève pas de la liberté d'exprimer son orientation ou ses préférences sexuelles sur Internet, il s'agit tout de même d'une forme d'expression, consistant cette fois en l'expression d'une opinion sur la sexualité d'autrui. La loi de 2004 ayant institué la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a ainsi modifié certaines infractions de presse, originairement prévues par la loi pour la liberté de la presse du 29 juillet 1881.

---

34. Pour une étude complète, voir Leonhard, J. (2011), *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Nancy.

35. *ibid.*, n° 386 et s.

36. CA Douai, 9e ch. corr., 30 juin 2006, *JurisData* n° 2006-316844.

37. Sur ce point voir Leonhard, J. (2011), *Etude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse dactylographiée, Nancy, n° 38-82.

À ce titre, on peut noter que l'injure et la diffamation homophobes ou sexistes sont sanctionnées [38] lorsqu'elles sont publiques, pour la première d'une peine de six mois d'emprisonnement an d'emprisonnement et 22 500€ d'amende et, pour la seconde, d'un an d'emprisonnement et 45 000€ d'amende. Ces infractions étant fréquentes sur Internet, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur le caractère public des injures et propos diffamatoires dès 1999. Ainsi, des propos diffusés au sein d'une liste électronique restreinte ne remplissent pas la condition de publicité. Il a par la suite été jugé de même s'agissant de la messagerie *MSN*, que le Tribunal correctionnel de Grasse, dans une décision du 17 mai 2010 [39], a qualifiée de messagerie privée dès lors que les messages « étaient écrits par le biais d'une messagerie instantanée qui se déploie entre des personnes s'étant préalablement acceptées réciproquement comme contacts ». Enfin, dans un arrêt de 2013 [40], la Cour de cassation confirme que les propos diffusés sur un compte Facebook ne peuvent constituer des injures publiques, dans la mesure où les propos n'ont été accessibles que par les personnes acceptées par le titulaire du compte, formant ainsi une communauté d'intérêts. Quant aux injures et diffamations qui seraient tenues dans la sphère privée, elles sont punies d'une peine contraventionnelle.

Pour finir, précisons que la liberté d'exprimer ses opinions est restreinte dès lors que les propos tenus publiquement, et donc également sur Internet, visent à inciter à la haine ou à la discrimination à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle. Il s'agit en effet d'un délit prévu à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881. Sur ce point, il faut préciser que la provocation n'a pas besoin d'être suivie d'effet pour être sanctionnée, il suffit qu'elle tende à créer un climat susceptible d'entraîner la commission d'infractions. On constate également que si la provocation à la discrimination raciale est sanctionnée de manière générale, ce n'est pas le cas des provocations en raison du sexe ou de l'orientation sexuelle. Leur champ est plus réduit puisqu'elles ne sont sanctionnées que lorsqu'elles provoquent des discriminations prévues par l'article 225-2, c'est-à-dire le refus de fournir un bien ou un service, l'entrave à un exercice normal d'une activité économique, le refus d'embaucher ou encore la subordination d'une offre d'emploi à l'orientation sexuelle. Aussi, se prononcer contre telle ou telle orientation sexuelle ne relève pas de la provocation à la discrimination mais d'une simple « opinion ».

Pour conclure, on peut affirmer que la protection de la sexualité des personnes sur Internet relève du droit commun, et plus particulièrement du droit au respect de la vie privée des personnes. En droit pénal, la sexualité des personnes, contenue dans le respect de la vie privée, est protégée par certaines incriminations spécifiques. S'agissant de la liberté d'expression, elle connaît des limites tenant, d'une part, à la protection des mineurs et aux bonnes mœurs et, d'autre part, à la protection de la vie privée, mais également à la protection de l'honneur des personnes.

38. La frontière entre injure et diffamation homophobe et atteinte à la vie privée reste difficile à appréhender. A par exemple été jugé comme des propos injurieux le fait d'affirmer que « l'homosexualité est inférieure à l'hétérosexualité » (TGI Lille, 6^{e} ch. corr., 24 janv. 2006, *Légipresse* 2006, n° 229), tandis qu'il a été jugé que « Constitue non une diffamation, mais une atteinte à la vie privée, l'imputation de mœurs déréglées et d'obsession sexuelle » (TGI Paris, 1ère ch., 1ère sect., 2 mars 1988 : *JurisData* n° 1988-040414.

39. Décision non publiée, citée par Manara, C. (2013), « Des injures proférées sur les réseaux sociaux ne sont pas forcément publiques », *D. Act.*, avril.

40. Cass., 1ère civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530.