

Propriété Intellectuelle / TIC / Médias

Thème du mois : La LOPPSI 2 : lutte contre la cybercriminalité

La LOPPSI 2, Loi d'Orientation et de Programmation pour la Performance de la Sécurité Intérieure, a été présentée en Conseil des Ministres le 27 mai 2009 par Madame Michèle Alliot-Marie, alors Ministre de l'Intérieur. L'examen du projet de loi est toutefois reporté à 2010 : Monsieur Brice Hortefeux, nouveau Ministre de l'Intérieur, souhaite en effet revoir le texte du projet de loi, qui crée déjà la polémique, en insistant sur son volet prévention.

Dans la lignée de la loi DADVSI, et de la très controversée loi « Création et Internet », la LOPPSI 2 entend notamment accroître la réglementation dans le domaine d'Internet, par la mise en place de mesures destinées à lutter contre la cybercriminalité.

■ **La création du délit d'usurpation d'identité sur Internet**

L'article 2 du projet de loi envisage d'introduire un nouveau délit : celui d'usurpation d'identité, spécifique au domaine des réseaux de communication électroniques. Aux termes de cet article, l'utilisation de l'identité ou des données personnelles d'un tiers sur Internet, en vue de troubler sa tranquillité ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération serait désormais sanctionnée jusqu'à une année d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende, à l'instar des appels téléphoniques malveillants.

Alors que le délit d'usurpation d'identité est jusqu'à présent subordonné, aux termes de l'article 434-23 du Code pénal, à la circonstance que le nom du tiers soit utilisé dans des conditions qui détermineraient des poursuites pénales à son encontre (vol, abus de confiance, escroquerie...), le délit d'usurpation d'identité sur Internet érigerait en infraction pénale le simple usage du nom d'un tiers. En effet, et c'est là où la spécificité de cette mesure réside, il s'agirait de réparer non pas le seul préjudice financier, mais également le préjudice moral (trouble de la tranquillité, atteinte à l'honneur ou à la considération), ce qui élargirait le champ d'application de l'infraction à de nouvelles et nombreuses victimes.

Cette mesure vise vraisemblablement les pratiques fréquemment observées sur les blogs et les réseaux sociaux, et notamment l'ouverture par des tiers de comptes FACEBOOK ou TWITTER sous des noms appartenant à des personnalités dans le domaine de la politique, de la finance ou de l'art, afin de créer une confusion et de porter préjudice aux titulaires des identités ainsi utilisées. Le délit d'usurpation d'identité sur Internet profiterait de la plate-forme PHAROS (plate-forme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements) qui permet la dénonciation en ligne, aux forces de l'ordre, des actes de cybercriminalité.

A cet égard, le Sénat a publié le 20 juin 2009 un rapport sur « La vie privée à l'heure des mémoires numériques », aux termes duquel le risque croissant d'usurpation d'identité a été souligné, favorisé par la multiplication des réseaux sociaux.

■ **La mise en place d'un filtrage des contenus des sites à caractère pédopornographique**

Si la législation française permet actuellement au pouvoir judiciaire d'imposer à l'hébergeur la suppression d'un contenu ou la fermeture d'un site à caractère pédopornographique, l'article 4 de la LOPPSI 2 prévoit plus radicalement un blocage systématique et *a priori* de l'accès à de tels contenus ou sites.

Le dispositif fonctionnerait de la manière suivante : le Ministre de l'Intérieur établirait une liste des contenus et sites illicites, « liste noire », qu'il communiquerait aux FAI. Ceux-ci auraient alors l'obligation d'empêcher l'accès à ces contenus et sites depuis tout ordinateur en France. S'agissant d'une obligation de résultat, les FAI seraient sanctionnés par une amende de 75.000 euros en cas de manquement. Toutefois, chaque FAI aurait la liberté de choix quant aux moyens de blocage. A noter que les coûts engendrés par la mise en œuvre des moyens de blocage ne resteraient pas à la charge des FAI.

Bien que déjà mise en place dans plusieurs pays de l'UE (Royaume-Uni, Espagne, Italie, Allemagne, Danemark, Suède, Norvège), et recommandée par le « Forum des droits sur l'Internet », cette disposition a fait l'objet de réserves de la part des opposants à la LOPPSI 2. Les critiques émises ne sont d'ailleurs pas sans rappeler celles engendrées par la loi « Création et Internet » : la crainte de dérives conséquentes à la mise en œuvre d'un tel filtrage s'appuie sur le principe de neutralité du réseau, et sur la liberté d'expression et de communication. Il est notamment reproché l'absence de caractère juridictionnel de l'autorité en charge de l'élaboration de la « liste noire ».

■ **L'autorisation de captation des données numériques à distance**

Dans la lignée de la mesure prévue pour fin 2009 qui consiste à augmenter le nombre d'enquêteurs affectés à la lutte contre les crimes et délits liés aux nouvelles technologies, l'article 23 de la LOPPSI 2 autoriserait l'utilisation d'un nouveau moyen d'investigation en la matière : la captation à distance de données numériques.

Il s'agirait d'installer, à l'insu des intéressés, des dispositifs destinés à capter, enregistrer, conserver et transmettre les caractères saisis au clavier par un utilisateur et les contenus affichés sur l'écran de son ordinateur. Les conditions de captation seraient strictement encadrées : autorisation préalable du juge d'instruction, délivrance d'une commission rogatoire, durée limitée (quatre mois renouvelable une fois). En outre, une telle captation ne pourrait intervenir que dans le cadre d'une information menée pour des délits ou crimes graves (terrorisme, pédophilie, meurtre, torture, trafic d'armes et de stupéfiants, enlèvement, par exemple) relevant de la criminalité organisée. Ce « mouchard » ou « cheval de Troie » comme il est surnommé, serait installé sur place, même en-dehors des heures légales, ou via un réseau de communication électronique et pourrait être appliqué sur tout système informatique. Toutefois, certains professionnels, tels que médecins, professionnels du droit, entreprises de presse et parlementaires, demeureraient à l'abri de cette mesure, mesure qui consisterait en fait à transposer au réseau numérique le dispositif classique d'écoutes téléphoniques.

Dans un avis du 16 avril 2009, la CNIL s'inquiète des modalités de conservation des données saisies, et rappelle le principe de proportionnalité issu de la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978.

■ Bayard Presse c/ Youtube : Mise en œuvre de la responsabilité du site de partage vidéo en sa qualité d'hébergeur.

Le statut d'hébergeur de la plateforme de partage de vidéos en ligne Youtube n'est désormais plus discuté. Si ce statut permet à Youtube d'échapper au régime juridique contraignant appliqué aux éditeurs de contenus, Youtube n'est pas pour autant déchargé de toute responsabilité quant aux contenus disponibles en ligne sur son site.

Dans cette affaire, le TGI de Paris, par un jugement du 10 juillet 2009, a condamné la société américaine Youtube à verser des dommages et intérêts au titre de l'atteinte aux droits d'auteur de Bayard Presse d'une part, et de la contrefaçon de la marque déposée « Petit Ours Brun » d'autre part. Cette décision précise les conditions strictes d'exonération de responsabilité des hébergeurs.

La responsabilité de Youtube doit en effet s'apprécier au regard de l'article 6-I-2 de la LCEN aux termes duquel l'hébergeur ne peut voir sa responsabilité engagée du fait des contenus stockés que si il avait effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il n'a pas agi promptement pour retirer ces contenus. L'article 6-I-5 de la LCEN pose en outre une présomption de connaissance du caractère illicite du contenu, dès lors qu'il a été notifié à l'hébergeur les informations nécessaires pour procéder au retrait des contenus. En l'espèce, Bayard Presse, titulaire des droits d'auteur sur le personnage « Petit Ours Brun », n'avait pas notifié à Youtube les informations visées par cet article, en la forme imposée par la loi.

Le TGI retient cependant que Youtube a acquis, à la date de la mise en demeure, une connaissance effective du caractère illicite du contenu en question, dès lors que Youtube, informé de la titularité des droits d'auteur et de marque sur le personnage « Petit Ours Brun », ainsi que de la présence sur son site de vidéogrammes le mettant en scène et le désignant, pouvait identifier les contenus litigieux « *par la seule saisie, sur le moteur de recherche du site, des termes « Petit Ours Brun »* ».

Aux termes de cette décision, il apparaît donc que l'information qui doit être donnée aux hébergeurs sur le caractère illicite des contenus, afin qu'il soit procédé à leur retrait, ne doit pas obligatoirement contenir les éléments et revêtir la forme prévus à l'article 6-I-5 de la LCEN : une mise en demeure constitue une preuve valable de la connaissance des contenus litigieux par l'hébergeur, dès lors que ce dernier est en mesure d'identifier lesdits contenus pour pouvoir procéder à leur retrait.

■ Google Suggest : Naissance d'un contentieux.

Il aura fallu un an avant que n'apparaissent les premiers litiges mettant en cause l'outil utilisé par Google pour apporter des suggestions aux internautes lors de leurs requêtes. Les 7 mai et 10 juillet 2009, deux ordonnances de référé se prononcent sur des faits similaires : des sociétés reprochent l'association, par l'outil Google Suggest, de leur nom à des termes désobligeants, lors de leur saisie dans le moteur de recherche.

La première ordonnance accueille la demande de « Direct Energie », dont le nom est associé au terme « arnaque », alors que la seconde juge refuse de faire droit à la demande du « CNFDI », dont le nom est pourtant associé au même terme. Cette contradiction s'explique par la différence de fondements invoqués respectivement par les demandeurs : la faute au sens du droit commun de la responsabilité civile d'un côté, l'injure de l'autre.

Dans la première décision, le Tribunal de commerce de Paris s'appuie sur la position de l'expression « direct energie

arnaque », placée en tête de liste des suggestions, alors qu'il n'est ni le premier en nombre de recherches, ni le premier par ordre alphabétique. Le Tribunal estime que Google participe au dénigrement de la société, et le condamne à retirer l'expression des suggestions proposées par Google Suggest. Il n'est pas tenu compte du caractère automatique du procédé invoqué par Google pour justifier l'apparition de « direct energie arnaque » au premier rang. A noter toutefois qu'aucun dommage et intérêt n'a été alloué à la demanderesse. Dans la seconde décision, le juge estime que l'expression « cnfdi arnaque », suggérée par l'outil du moteur de recherche, ne constitue pas une injure dans la mesure où n'est pas rapportée la preuve de l'intention de Google de nuire à la société. En outre, condamner Google au retrait de l'expression constituerait une atteinte à la « *libre circulation des informations sur le réseau* ».

Dans le contexte tumultueux de l'examen de la loi « Création et Internet », le TGI de Paris semble donc en l'espèce rendre sa décision à la lumière de celle du Conseil Constitutionnel, intervenue le même jour à propos de ladite loi, et qui vient réaffirmer la suprématie du principe de liberté d'expression, notamment sur Internet.

Ces premières affaires mettant en cause l'outil Google Suggest ne sont pas sans rappeler le contentieux important autour du service Adwords de Google, contentieux dans lequel la question de la responsabilité de Google est actuellement pendante devant la CJCE. A suivre...

■ L'agrégateur de flux RSS : éditeur de contenus ou hébergeur ?

En février 2008, un réalisateur célèbre faisait condamner un agrégateur de flux RSS pour atteinte au respect de sa vie privée, au titre de son statut d'éditeur de contenus. En mars 2008, même solution dans une affaire Martinez c/ Fuzz.fr mettant en cause la vie privée d'un acteur célèbre. Les arguments du TGI de Paris se fondaient sur le rôle des agrégateurs dans l'agencement des différents flux, et dans la souscription à l'abonnement auxdits flux. Ainsi, résultaient jusqu'à présent de ces jugements en référé des condamnations à l'encontre des agrégateurs de flux RSS, au titre de leur statut d'éditeur de contenus. Premier revirement en novembre 2008, puisque Fuzz.fr gagne en appel contre Olivier Martinez : la Cour reconnaît au site la qualification d'hébergeur. Plus récemment, le 25 juin 2009, le TGI de Nanterre saisi au fond dans une affaire mettant en cause le même réalisateur, confirme cette position en optant pour la qualification d'hébergeur de l'agrégateur de flux RSS.

Dans cette affaire, le juge retient tout d'abord que le flux RSS en cause a été transmis « *automatiquement* », sans intervention de l'agrégateur. Il rappelle ensuite que les contenus, extraits des flux RSS des éditeurs, ne sont pas modifiés. Enfin, il relève que l'agencement des flux RSS est effectué de manière automatique.

Dans ces conditions, le TGI considère que l'agrégateur de flux RSS ne peut être qualifié d'éditeur, mais relève du régime de responsabilité applicable aux hébergeurs, au sens de la LCEN. Dès lors, les atteintes à la vie privée ne constituant pas des contenus manifestement illicites au sens de l'article 6-I-7 de ladite loi, et le demandeur n'ayant pas notifié à l'agrégateur de flux RSS sa demande de retrait du contenu litigieux, ce dernier ne peut être tenu responsable de l'atteinte portée à la vie privée du demandeur.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo
75116 Paris

Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21

www.pdgb.com

Julie JACOB - Benjamin JACOB
Sandy HERVE – Sarah de GOUYON MATIGNON