

kelijkheidsprincipes opgenomen in artt. 18 tot 21 van de wet *mutatis mutandis* kunnen worden toegepast op andere, niet-commercieel georiënteerde tussenpersonen, zoals *in casu* verweerder, teneinde na te gaan of in hunne hoofde een fout dan wel nalatigheid ex artt. 1382 en 1383 B.W. kan worden weerhouden. Voor de beheerders van een webforum en informatiesite zonder commercieel oogmerk kan immers bezwaarlijk een aansprakelijkheidsregime van toepassing zijn dat zwaarder is dan het regime dat geldt voor gelijk -; aardige diensten die wel vanuit een commercieel oogmerk verstrekt worden.

Krachtens art. 18 van de wet is de dienstverlener niet aansprakelijk voor de doorgegeven informatie mits het initiatief tot de doorgifte niet bij de dienstverlener ligt, de ontvanger van de doorgegeven informatie niet door hem wordt geselecteerd en de doorgegeven informatie evenmin door hem wordt geselecteerd of gewijzigd.

Krachtens art. 20 § 1 van de wet is hij evenmin aansprakelijk voor de doorgegeven informatie op voorwaarde dat hij niet daadwerkelijk kennis heeft van de onwettige activiteit of informatie of, voor wat schadevergoedingsvorderingen betreft, geen kennis heeft van feiten of omstandigheden waaruit het onwettelijke karakter van de activiteit of informatie blijkt. Zijn aansprakelijkheid wordt eveneens uitgesloten indien hij prompt handelt om de informatie te verwijderen of de toegang ertoe onmogelijk te maken van zodra hij kennis heeft van voormelde onwettige activiteit of informatie.

Tot slot rust er op de dienstverleners van de informatiemaatschappij krachtens art. 21 van de wet geen algemene verplichting om toe te zien op de informatie die zij doorgeven of opslaan, noch om actief te zoeken naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

Verweerder zou dus niet aansprakelijk kunnen gesteld worden op grond van de bepalingen van de Wet van 11 maart 2003, zo deze van toepassing was geweest.

5. De rechtbank is vooreerst van oordeel dat verweerder noch mededader, noch medeplichtig is aan het misdrijf van laster en eerroof.

Eenzijds gaan de kwestieuze berichten namelijk niet uit van verweerder zelf, noch van een van de andere redacteuren van de site. Het betreft hier namelijk allemaal teksten die door bezoekers van de website op het discussieforum werden gepost. Dit blijkt overduidelijk uit het feit dat de

initiatiefnemers van www.politics.be aan de gebruikers ervan uitdrukkelijk meedelen dat de inhoud van de berichten op het forum buiten hun redactionele bevoegdheid vallen, maar bijdragen van derden zijn. Eiseres laat na het tegendeel te bewijzen.

Uit niets blijkt dat de kwestieuze berichten pas na tussenkomst, selectie of aanpassing door verweerder werden gepost.

Zoals voormeld rust op verweerder anderzijds ook geen algemene verplichting om toe te zien op de informatie die door zijn site wordt doorgegeven of wordt opgeslagen noch om actief op zoek te gaan naar feiten of omstandigheden die op onwettige activiteiten duiden.

6. In tegenstelling tot hetgeen eiseres vervolgens voorhoudt staat vast dat verweerder wel degelijk prompt heeft gereageerd om de betwiste berichten onleesbaar te maken van zodra hij door eiseres bij diens *mail* van 31 december 2007 werd aangemaand om binnen de 24 uur alle forumberichten aangaande eiseres van het forum te verwijderen. Bij zijn *mail* van eveneens 31 december 2007 deelde verweerder namelijk aan eiseres mee dat er alles samen ongeveer 3 000 000 berichten op het forum stonden. Derhalve verzocht hij haar om hem mee te delen om welke berichten het precies ging. Daar eiseres niet reageerde op deze *mail*, stuurde verweerder haar nog een tweede *mail* op 3 januari 2008 waarin hij haar herinnerde aan zijn vraag tot specificatie. Pas op 22 januari 2008 deelde eiseres, bij wijze van voorbeeld, een aantal door haar gecontesteerde berichten mee aan verweerder. Reeds de daarop volgende dag meldt verweerder aan eiseres dat hij de kwestieuze berichten onleesbaar heeft gemaakt.

Uit deze chronologie der feiten blijkt overduidelijk dat de enige reden waarom de kwestieuze berichten nog meer dan drie weken beschikbaar waren op het discussieforum enkel gelegen was in de laattijdige reactie van eiseres zelf.

Gelet op de quasi onmiddellijke reactie vanwege verweerder kan hem derhalve niets worden verweten waardoor zijn aansprakelijkheid niet in het gedrang komt.

7. Eiseres stelt tot slot dat ook na 23 januari 2008 voor haar lasterlijke berichten op het discussieforum werden gepost. Als bewijs hiervan legt zij een uitprint over van de zoekresultaten die zij bekam nadat zij haar benaming op een zoekrobot (Google) had

ingegeven. Dit stuk overtuigt evenwel niet. Vooreerst maakt het namelijk melding van een aantal fora waar verweerder zelf niets mee te maken heeft (o.a. Gopetition.com en vtm.belforum). Daarnaast toont eiseres niet aan dat de teruggevonden links die verwijzen naar het discussieforum op www.politics.be effectief betrekking hebben op berichten die thans nog steeds zouden figuren op voormelde site. Het is namelijk perfect mogelijk dat de zoekrobot bij het uitvoeren van de zoekopdracht terugrijpt naar de inhoud van internetpagina's zoals die in haar *cash*-geheugen zijn opgeslagen waardoor hij zodoende nog een oude en verwijderde bijdrage terugvindt zonder dat deze als zodanig nog kan worden geopend en leesbaar kan worden gemaakt. Bijgevolg faalt eiseres opnieuw in haar bewijs.

8. Daar aan verweerder geen fout of nalatigheid kan worden verweten, moeten de overige toepassingsvoorwaarden van artt. 1382 en 1383 B.W. (schade en oorzakelijk verband) niet meer worden nagegaan.

4. Rechtsplegingsvergoeding

De eis betreft een niet in geld waardeerbare zaak gelet op haar provisioneel karakter zodat de desbetreffende tarieven van toepassing zijn.

5. Uitspraak

[...]

Om bovenstaande redenen:

Verklaart de rechtbank de eis vanwege eiseres toelaatbaar, maar ongegrond en wijst haar ervan af.

Veroordeelt de rechtbank eiseres tot de kosten van het geding, aan de zijde van de verweerder begroot op 1 100 EUR en door de rechtbank verevend op 1 200 EUR.

La responsabilité des gestionnaires de forums de discussion «non commerciaux»

Les initiatives législatives adoptées au début des années 2000 pour régler la question de la responsabilité des intermédiaires de l'Internet n'ont pas pu anticiper l'évolution constante de la société de l'information. Aujourd'hui, un grand nombre de prestataires de ser-

vices sur internet sont confrontés à l'incertitude qui plane quant à leur responsabilité à l'égard d'informations qu'ils ne produisent pas eux-mêmes. Telle est précisément la difficulté que tente de résoudre le jugement annoté.

Dans cette affaire, le gestionnaire d'un forum de discussion sur internet était poursuivi en justice en raison de la présence de messages prétendument calomnieux ou diffamatoires sur son forum. Nous commenterons cette décision en trois temps. La première question examinée par le juge portait sur la possibilité pour le gestionnaire d'invoquer les exonérations légales de responsabilité, alors qu'il s'agissait d'un forum gratuit. Nous verrons que le jugement n'a sans doute pas fait une application correcte de la notion de «service» telle que la définit le droit communautaire. Le juge devait ensuite décider de la qualification des activités d'un gestionnaire d'un forum de discussion: s'agit-il d'activités d'hébergement, de simple transport ou bien d'édition? Enfin, il revenait au magistrat de trancher la controverse relative à l'appréciation de la réaction du gestionnaire du forum. À partir de quel moment pouvait-on considérer que celui-ci avait connaissance du caractère prétendument illicite des messages litigieux? Pouvait-il, comme il le fit, demander des précisions au plaignant ou devait-il immédiatement retirer tous les messages potentiellement illicites de son forum? Cette question nous permet de revenir sur les risques que présente, au regard de la liberté d'expression, l'état actuel d'un régime légal qui semble permettre à un plaignant de contraindre le gestionnaire d'un forum à supprimer des messages sans le moindre contrôle judiciaire.

Avant de développer notre analyse, il convient de présenter succinctement les faits de la cause. L'affaire concerne une plainte pour calomnie et diffamation déposée par une société spécialisée dans le commerce des animaux à l'encontre du gestionnaire du site *web*

www.politics.be. À la suite d'une émission de télévision, la demanderesse fit l'objet d'une discussion sur le forum internet de ce site *web*, où différents messages l'accusaient notamment de négligence et de cruauté envers les animaux. Considérant ces messages comme calomnieux et diffamatoires, la société demanda la suppression, dans les 24 heures, de tous les messages la concernant, faute de quoi elle porterait plainte contre le gestionnaire et se constituerait partie civile. Le même jour, l'administrateur du forum répliquait en invitant la demanderesse à préciser lesquels des trois millions de messages sur son site elle considérait comme problématiques. La demanderesse n'ayant pas répondu à cette demande, le défendeur répéta sa demande de précision. Après dix-neuf jours de silence, la demanderesse lui indiqua, à titre d'exemple, quelques messages particuliers. Le lendemain, le défendeur indiquait avoir supprimé lesdits messages de son site. La demanderesse considéra pourtant cette réaction comme insuffisante, et demanda au tribunal de commerce d'Anvers de condamner entre autre le défendeur à supprimer tous les messages de son site où figurait son nom, et ce sous peine d'une astreinte de 1 000 EUR par jour de retard⁽¹⁾.

1. Le caractère gratuit du service: un détour inutile?

Dans sa décision du 3 décembre 2009, le tribunal d'Anvers a jugé que la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, «la loi du 11 mars 2003»)⁽²⁾ n'était en principe pas d'application car les utilisateurs du site *web* ne payaient rien pour contribuer au forum de discussion, lequel ne faisait dès lors pas l'objet d'une exploitation commerciale. Néanmoins, le tribunal était d'opinion qu'on ne pouvait appliquer à un gestionnaire d'un

site *web* non commercial un régime de responsabilité plus lourd que le régime applicable aux services similaires présentant un caractère commercial, et qu'il convenait en conséquence d'appliquer mutatis mutandis les principes de responsabilité prévus par les articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 à des intermédiaires non commerciaux.

À notre avis, le tribunal n'avait pas besoin de raisonner par analogie. La prémisse selon laquelle des paiements par les utilisateurs du site *web* constitueraient une condition d'application de la loi du 11 mars 2003 n'est en effet pas correcte.

La loi du 11 mars 2003 a repris la définition du concept clé de «service de la société de l'information» de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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 (ci-après, la «directive 2000/31/CE»)⁽³⁾, dont elle assurait la transposition en droit belge. En vertu de ce texte, est considéré comme un service de la société de l'information «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service»⁽⁴⁾.

Cette définition existait déjà en droit communautaire avant son apparition dans la directive 2000/31/CE. Elle figure notamment dans la directive 98/34/CE⁽⁵⁾ et dans la directive 98/84/CE⁽⁶⁾.

Or, bien que l'on trouve la définition des termes «à distance», «par voie électronique» et «à la demande individuelle d'un destinataire de services» dans l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE, on cherche vainement celle des termes «presté normalement contre rémunération» dans les directives précitées ou dans la loi du 11 mars 2003. Ces termes, précisément, rendaient l'application de la loi du 11 mars 2003 problématique dans le cas sous examen.

(1) L'on peut noter que, sans que cela ait d'incidence quant au traitement du fond, l'affaire a été renvoyée par le tribunal de commerce vers le tribunal de première instance d'Anvers, qui a rendu le jugement annoté.

(2) Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, pp. 12962 et s.

(3) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil 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, *J.O.* L 178 du 17 juillet 2000, pp. 1-16.

(4) Article 2, 1^o, de la loi du 11 mars 2003. La directive 2000/31/

CE fait référence dans son article 2 a) aux «services au sens de l'article 1^{er}, § 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE». Lesdites directives 98/34/EC et 98/48/CE prennent comme définition du concept service de la société de l'information «tout service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électro-

nique et à la demande individuelle d'un destinataire de services».

(5) Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.* L 204 du 21 juillet 1998 pp. 37-48.

(6) Directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel, *J.O.* L 320 du 28 novembre 1998, pp. 54-57.

Il s'imposait au juge de décider si l'existence d'un paiement à charge des destinataires d'un service constituait une condition d'application du régime légal de limitation de responsabilité.

La notion de «service de la société de l'information» s'appuie essentiellement sur la notion de «service» telle que la définit l'article 57⁽⁷⁾ du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «Traité»). Vu, d'une part, que la définition de «service» dans l'article 57 du Traité se réfère aux «prestations fournies normalement contre rémunération»⁽⁸⁾ (formulation presque identique à celle de la loi du 11 mars 2003 et de la directive 2000/31/CE), d'autre part, que la loi du 11 mars 2003 et la directive 2000/31/CE règlent la liberté d'établissement et la libre prestation de services telles que les proclament les articles 57 et suivants du Traité, il semble raisonnable d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, la «Cour») relative à l'article 57 du Traité aux services de la société de l'information.

Selon la Cour, «la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la pres-

tation en cause»⁽⁹⁾. L'exigence d'une «contrepartie économique» ne signifie pas nécessairement que le service doit être payé par ceux qui en bénéficient⁽¹⁰⁾. Il est au contraire parfaitement possible qu'un service soit considéré comme étant «contre rémunération» sans que le destinataire du service paye directement un prix au prestataire du service (comme est le cas, selon une jurisprudence constante de la Cour, dans p.ex. les domaines des services de santé⁽¹¹⁾, des services audiovisuels⁽¹²⁾ et des services sportifs⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

Il convient donc, dans la situation d'un service dont les destinataires bénéficient gratuitement et dont le financement est assuré par d'autres moyens (par exemple par de la publicité), d'accepter l'existence d'une contrepartie économique et de conclure à l'application de la directive 2000/31/CE et de la loi du 11 mars 2003⁽¹⁵⁾.

Force est dès lors de constater que le critère utilisé par le tribunal d'Anvers pour décider de l'application de la loi du 11 mars 2003 n'était pas correct. Au lieu d'exclure automatiquement du champ d'application de la loi du 11 mars 2003 les activités gratuitement accessibles aux utilisateurs, le tribunal aurait dû vérifier si le site

web faisait l'objet d'une exploitation commerciale par d'autres moyens, ou – plus précisément – s'il existait une contrepartie économique autre que les paiements des utilisateurs. Si tel était effectivement le cas⁽¹⁶⁾, les activités du défendeur tombaient sous le concept de «service de la société de l'information» et le tribunal pouvait appliquer la loi du 11 mars 2003 sans avoir besoin d'un raisonnement par analogie avec les intermédiaires «commerciaux».

2. La responsabilité limitée des hébergeurs

a) La portée limitée des exonérations des prestataires intermédiaires

La loi du 11 mars 2003, à l'instar de la directive 2000/31/CE (articles 12 à 15)⁽¹⁷⁾, consacre un chapitre entier (articles 18 à 21) à l'installation d'un régime d'exonération de responsabilité pour les prestataires intermédiaires. La portée de ce régime d'exonération est à la fois large, dans la mesure où les exonérations visent tous les types de contenus illicites et couvrent tant la responsabilité pénale que civile des prestataires intermédiaires, et limitée,

(7) L'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne était, avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 50 TCE, et, avant l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, l'article 60 TCE.

(8) Article 57 du Traité: «Au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes».

(9) C.J.C.E., 26 juin 2003, aff. C-422/01 (*Försäkringsaktiebolaget Skandia et Ola Ramstedt c. Riksskatteverket*), Rec., 2003, p. I-06817, § 23. Voy. aussi C.J.C.E., 27 septembre 1988, aff. 263/86 (*État belge c. René Humbel et Marie-Thérèse Edel*), Rec., 1988, p. 5365, § 17; C.J.C.E., 12 juillet 2001, aff. C-157/99 (*B.S.M. Smits, épouse Geraets, c. Stichting Ziekentfonds VGZ et H.T.M. Peerbooms c. Stichting CZ Groep Zorgverzekerings*), Rec., 2001, p. I-05473, § 58; C.J.C.E., 3 octobre 2002, aff. C-136/00 (*Rolf Dieter Danner*), Rec., 2002, p. I-08147, § 26; et C.J.C.E., 22 mai 2003, aff. C-355/00 (*Freskot AE c. Elliniko Dimosio*), Rec., 2003, p. I-05263, § 55.

(10) Selon une jurisprudence constante de la Cour: voy. C.J.C.E., 12 juillet

2001, aff. C-157/99, *op. cit.* (*Smits et Peerbooms*), § 57; C.J.C.E., 26 avril 1988, aff. 352/85 (*Bond van Adverteerders e.a. c. État néerlandais*), Rec., 1988, p. 2085; § 16; C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. jointes C-51/96 et C-191/97 (*Christelle Delège c. Ligue francophone de judo et disciplines associées a.s.b.l., Ligue belge de judo a.s.b.l., Union européenne de judo et François Pacquie*), Rec., 2000, p. I-02549, § 56; et C.J.C.E., 26 juin 2003, aff. C-422/01, *op. cit.* (*Skandia et Ramstedt*), § 24.

(11) C.J.C.E., 12 juillet 2001, aff. C-157/99, *op. cit.* (*Smits et Peerbooms*).

(12) C.J.C.E., 26 avril 1988, aff. 352/85, *op. cit.* (*Bond van Adverteerders*).

(13) C.J.C.E., 11 avril 2000, aff. jointes C-51/96 et C-191/97, *op. cit.* (*Delège et Pacquie*).

(14) Ceci est par ailleurs explicitement confirmé par le considérant n° 18 de la directive 2000/31/CE: «Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données.»

(15) Cette interprétation est confirmée par les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003, où on peut lire la suivante considération dans l'exposé des motifs sur le concept «normalement contre rémunération»: «C'est ainsi que les journaux accessibles gratuitement en ligne doivent, par exemple, être considérés comme des services de la société de l'information, dans la mesure où leur accès, bien que n'étant pas subordonné au paiement d'une rémunération, est toutefois financé par les publicités apparaissant, notamment, sous forme de bannières» (travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003, Chambre, 25 octobre 2002, projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, sess. 2002-2003, Doc 50 2100/001, pp. 13-14).

(16) Un coup d'œil rapide sur le site web et le forum en question permet de constater la présence de messages publicitaires (bannières et annonces AdWords) (consultation le 17 août 2010).

(17) Le régime de responsabilité limitée des intermédiaires prévu par la directive 2000/31/CE a été en grande partie calqué sur la loi allemande de 1997 sur les télé-services (voy. B. FRYDMAN et I. RORIVE: «Regulating internet Content through Intermediaries in Europe and the USA», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2002/23, p. 52).

car seuls certains prestataires intermédiaires des services de la société de l'information en bénéficient. Le régime d'exonération s'applique aux prestataires des activités de simple transport (article 18 de la loi du 11 mars 2003)⁽¹⁸⁾, aux prestataires des activités de stockage sous forme de copie temporaire de données (article 19 de la loi du 11 mars 2003)⁽¹⁹⁾ et aux prestataires des activités d'hébergement (article 20 de la loi du 11 mars 2003)⁽²⁰⁾. Les autres activités restent en principe soumises au régime de responsabilité de droit commun (comme par exemple les activités des moteurs de recherches, les activités de fourniture de liens hypertextes et les activités de production ou d'édition sur les réseaux)⁽²¹⁾.

L'article 21 de la loi du 11 mars 2003 instaure le principe selon lequel les prestataires intermédiaires qui exercent les activités mentionnées dans les articles 18 à 20 n'ont aucune obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Cette absence d'obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général et n'empêche pas d'une part que les autorités judiciaires puissent imposer des obligations temporaires de surveillance dans des cas spécifiques prévues par la loi⁽²²⁾, et d'autre part, que les prestataires intermédiaires aient l'obligation de collaborer avec les autorités compétentes⁽²³⁾.

b) *Qualification des activités du prestataire intermédiaire comme hébergement*

La qualification des activités exercées par un prestataire de services

intermédiaires déclenche donc l'application du régime d'exonération. Dans le jugement annoté, le tribunal d'Anvers n'a pas donné de description précise des activités exercées par le défendeur. Celui-ci est désigné par le tribunal comme «licencié» («licentiehouder»)⁽²⁴⁾ et «rédacteur en chef» («hoofdredacteur») d'un site *web* sur lequel se trouvait un forum de discussion. La décision pointe encore que le nom du défendeur était mentionné sur le site *web* en tant que personne de contact, et laisse entendre que le défendeur avait les moyens techniques de gérer le forum et de supprimer des messages ou de les rendre illisibles. Le tribunal se réfère – en termes généraux – au régime de responsabilité des «gestionnaires d'un forum internet et d'un site d'information» («beheerders van een webforum en informatiesite»)⁽²⁵⁾. Le problème est que le statut de «gestionnaire d'un forum de discussion» n'est pas explicitement mentionné dans la loi du 11 mars 2003. Dans le cas d'espèce, le tribunal a décidé d'appliquer les articles 20 (activité d'hébergement) et 18 (activité de simple transport)⁽²⁶⁾ de la loi du 11 mars 2003 au gestionnaire du forum de discussion.

Selon l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 (c'est-à-dire le cas de l'hébergement, ou le service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par le destinataire du service), le prestataire intermédiaire n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition (i) «qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère

illicite de l'activité ou de l'information»; ou (ii) «qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible» et pour autant qu'il communique ces activités ou informations sur le champ au procureur du Roi. En d'autres termes, la neutralité du prestataire intermédiaire se traduit, pour les activités d'hébergement, par le critère de «connaissance», dans la mesure où la connaissance (effective) est le concept pivot qui va susciter le devoir positif d'intervenir et qui va percer l'exonération de responsabilité si l'hébergeur n'intervient pas promptement.

À notre avis, l'application de l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 aux gestionnaires d'un forum de discussion n'est pas évidente. Il faut en effet déterminer qui, du gestionnaire du forum de discussion ou du fournisseur du serveur informatique sur lequel le gestionnaire du forum a installé son forum, offre le service de stockage? Il est clair que le stockage, au sens technique, est opéré par le fournisseur du serveur, et non par le gestionnaire du forum de discussion. Cependant, la loi du 11 mars 2003 et la directive 2000/31/CE ne parlent pas de «stockage technique» mais simplement de «stockage», terme qui n'est pas autrement défini. On peut se demander si les législateurs avaient envisagé des formes de stockage de données non strictement techniques, comme le stockage de messages par le gestionnaire d'un forum de discussion. La directive 2000/31/CE et la loi du 11 mars 2003 sont antérieures à l'immense popularité des phénomènes du *web 2.0* (les forums de discussion, les *blogs*, les réseaux sociaux, etc.) auprès du grand public, et la question que nous examinons ne présentait pas, au

(18) C'est-à-dire la transmission sur un réseau de communication des informations fournies par le destinataire du service (ou, plus simplement dit, la fourniture d'infrastructure) et la fourniture d'accès au réseau de communication.

(19) C'est-à-dire le stockage dit *caching*, soit le stockage temporaire de copies des sites et des services les plus souvent consultés sur des serveurs relais afin d'améliorer les temps de connexion.

(20) C'est-à-dire le stockage d'informations fournies par le destinataire du service.

(21) Dans ce sens, E. MONTERO: «Les responsabilités liées au *web 2.0*», *R.D.T.I.*, 2008/32, p. 364 et F. DE PATOUL: «La responsabilité des intermédiaires sur internet: les plates-formes de mise en

relation, les forums et les *blogs*», *R.D.T.I.*, 2007/27, p. 86.

(22) Article 21, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003. Ces obligations de surveillance doivent être bien ciblées et limitées dans le temps et doivent être ordonnées par des magistrats compétents.

(23) Article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003, selon lequel les prestataires intermédiaires «ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient» et «sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur

demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire».

(24) Terminologie qui nous semble peu pertinente, et à laquelle nous aurions préféré celle de «administrateur du site» ou «gestionnaire du site», plus conforme à la pratique.

(25) § 4 de la décision.

(26) L'on s'étonne que le tribunal ait envisagé l'application de l'article 18, qui ne vise que les activités de simple transport, alors que le forum constitue une forme de stockage de l'information, à propos de laquelle on peut envisager une assimilation à l'hébergement tel que le définit le régime légal.

moment où ces textes ont été rédigés, le caractère d'actualité qu'elle revêt aujourd'hui. Observons également que c'est effectivement le gestionnaire du forum qui offre directement à l'internaute le service de faire «stocker» des informations sur son site, même si le stockage technique sur des serveurs est effectué par un autre acteur. Pour ces raisons, nous sommes en faveur d'une interprétation large de la notion d'hébergement.

Notre conclusion rejoint la jurisprudence et la doctrine qui se prononcent pour une interprétation non littérale du concept de «stockage d'informations» qui conduit à ce que les forums de discussions et les autres services du *web 2.0* soient en général couverts par l'exonération de responsabilité liée à l'activité d'hébergement⁽²⁷⁾. La Commission européenne, dans son premier rapport d'évaluation de la directive 2000/31/CE, semble partager cette perspective⁽²⁸⁾. Il faut noter à cet égard que cette évolution ne se limite pas à la situation des forums de discussion. Au plan belge et international, la jurisprudence est amenée à examiner l'application des exonérations prévues par les articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE et 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 à une large gamme d'activités. Récemment, par exemple, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le service de référencement AdWords de Google pouvait bénéficier de l'exonération d'hébergement prévue par l'article 14 de la directive 2000/31/CE, à condition que Google ne joue pas un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées (la Cour laisse à la juridic-

tion nationale d'apprécier le rôle exercé par Google *in concreto*)⁽²⁹⁾. Comme nous allons le voir à propos du jugement annoté, la question de la connaissance et du contrôle des contenus litigieux se trouve au cœur du régime d'exonération de la responsabilité.

c) *Qualification des activités du prestataire intermédiaire comme hébergement ou comme édition?*

Il faut tenir compte du fait que les exonérations prévues par les articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 et par les articles 12 à 15 de la directive 2000/31/CE dépendent du type d'activité exercée et non de la qualité de l'opérateur. Ainsi, les prestataires intermédiaires exercent souvent différentes activités qui peuvent donner lieu à l'application de différents régimes de responsabilité et d'exonération⁽³⁰⁾. Il ne sera pas toujours simple en pratique de distinguer les différentes activités. À cet égard, la doctrine s'est penchée sur la ligne de démarcation entre l'activité d'hébergement et celle d'édition, qui ne peut bénéficier du régime spécial de responsabilité⁽³¹⁾. Précisons que la notion d'édition n'est pas définie en droit belge: selon la doctrine, elle désigne une intervention dont le caractère va au delà d'une manipulation purement technique de l'information, notamment en ce qu'elle comporte un jugement sur la valeur ou l'intérêt du contenu et la volonté de le diffuser auprès du public⁽³²⁾.

Il nous semble que la question déterminante, à cet égard, revient à identifier qui est à l'origine des informations stockées et de la demande de

stockage⁽³³⁾. Si les informations et la demande de stockage émanent exclusivement des destinataires du service, on est dans l'hypothèse de l'hébergement. Si au contraire les informations émanent du prestataire du service lui-même, si leur contenu fait l'objet d'une manipulation par le prestataire du service avant leur publication, ou si le prestataire du service a pris lui-même l'initiative du stockage, on est dans l'hypothèse de l'édition⁽³⁴⁾.

Il reste à déterminer dans quelle mesure un prestataire intermédiaire pourrait intervenir dans le choix ou la sélection des messages ou des destinataires sans pour autant perdre le bénéfice de la limitation de responsabilité liée à l'hébergement. Il nous semble qu'il faut adopter un point de vue restrictif en ce qui concerne toute intervention du prestataire intermédiaire dans le contenu et la sélection des messages. Si celui-ci intervient dans le contenu des informations ou dans la sélection des informations, on ne peut à notre avis plus lui reconnaître le bénéfice du statut d'hébergeur pour les informations stockées.

La jurisprudence semble adopter cette analyse à propos des forums de discussion. En effet, lorsque le forum n'est pas modéré ou est modéré *a posteriori*, le statut d'hébergeur paraît s'imposer⁽³⁵⁾. Lorsque le forum de discussion est modéré *a priori* (dans l'hypothèse donc d'une intervention du gestionnaire du site dans le contenu ou la sélection des messages avant que ceux-ci soient publiés sur le forum), il est largement accepté que le prestataire ne peut revendiquer le statut d'hébergeur et qu'il possède plutôt la qualité

(27) Dans ce sens, E. MONTERO, *op. cit.*, p. 371 et F. DE PATOUL, *op. cit.*, p. 103.

(28) Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31/CE du 21 novembre 2003, COM (2003, 702 final, p. 13, note de page 64: «En particulier, la limitation de la responsabilité en matière d'hébergement prévue à l'article 14 couvre, outre l'hébergement de sites *web*, différents cas dans lesquels il y a stockage de contenus appartenant à des tiers, par exemple les *bulletin boards* (systèmes privés de transfert) ou les *chat-rooms* (forums de discussion)».

(29) C.J.U.E., 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08 (*Google France et Google, Inc. c. Louis Vuitton Malletier, C-236/08, Viaticum s.a., Luteciel s. à r.l., C-237/08, Centre national de recherche en relations humaines s. à r.l., Pierre-Alexis*

Tbonet, Bruno Raboin, Tiger s. à r.l., C-238/08, J.O. C 134 du 22 mai 2010, pp. 2-3, § 120: «que l'article 14 de la directive 2000/31 doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées. S'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données».

(30) Voy. la proposition par la Commission européenne de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce

électronique dans le marché intérieur du 18 novembre 1998, COM(1998) 586 final, 98/0325 (COD), p. 28.

(31) Voy. par exemple E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 374 et s.

(32) Voy. E. MONTERO, *op. cit.*, p. 375.

(33) Le concept clé prévu par l'article 20 de la loi du 11 mars 2003 est que les informations doivent être fournies par le destinataire du service et que le stockage des informations soit fait à la demande du destinataire du service.

(34) C'est à dire les informations ne sont plus fournies par le destinataire du service, mais par le prestataire du service lui-même, ou la demande de stockage d'informations ne vient pas du destinataire du service, mais du prestataire du service lui-même.

(35) Voy. la jurisprudence étrangère citée par E. MONTERO, *op. cit.*, p. 375.

d'éditeur⁽³⁶⁾. Il en va de même par exemple lorsque le gestionnaire d'un forum ouvre une discussion dont le thème présente un caractère illicite⁽³⁷⁾.

Dans le cas d'espèce, le jugement permet de comprendre que les messages émanaient des utilisateurs du forum, que le défendeur ne participait pas activement aux discussions sur le forum et ne contrôlait pas les messages diffusés sur le forum (ce qui veut dire que, bien que rédacteur en chef du site web, il n'était pas le rédacteur du forum de discussion). Dans la mesure où il n'était pas à l'origine des messages et qu'il n'intervenait pas dans le contenu des discussions, il s'impose de conclure que le défendeur n'était point éditeur et pouvait donc bénéficier des exonérations de l'article 20 de la loi du 11 mars 2003.

3. *Les questions de la connaissance et de la réaction de l'hébergeur si les informations ne sont pas «manifestement illicites»*

Rappelons que le bénéfice de l'exonération de responsabilité dépend de la connaissance qu'aurait l'hébergeur du caractère illicite d'une information stockée sur son service. Plus précisément, l'article 20 de la loi du 11 mars 2003, comme l'article 14 de la directive 2000/31/CE, libèrent l'hébergeur de sa responsabilité pénale et civile à condition «qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information» ou «qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible»⁽³⁸⁾.

L'application pratique du critère de «connaissance effective» soulève de nombreuses difficultés. Dans le cas d'espèce, à partir de quel moment

peut-on considérer que le prestataire intermédiaire avait «connaissance» du caractère illicite des informations litigieuses? Faut-il prendre compte le moment où il a reçu la première notification de la part de la demanderesse, ou le moment où la demanderesse a identifié les messages qu'elle considérerait comme calomnieux ou diffamatoires⁽³⁹⁾? Il nous semble raisonnable – et conforme au principe d'absence d'une obligation générale de surveillance – d'exiger, comme le tribunal d'Anvers l'a implicitement fait, de la demanderesse qu'elle se montre suffisamment claire quant à la désignation des messages problématiques. Et ce d'autant plus que des messages dont il est allégué qu'ils présentent un caractère calomnieux ou diffamatoire n'ont pas nécessairement un caractère manifestement illicite, et qu'il est particulièrement difficile pour un prestataire intermédiaire d'apprécier le bien-fondé des plaintes à cet égard.

Il faut ensuite examiner le caractère approprié de la réaction du gestionnaire du forum. Dans le cas d'espèce, il est clair que la réaction du défendeur a essentiellement dépendu de l'absence de précision quant à la détermination des messages litigieux et de la lenteur de la réaction de la part de la demanderesse. En l'absence de précision quant aux messages litigieux, le défendeur ne pouvait que réitérer sa demande de spécification. Après avoir reçu la réponse de la demanderesse, le défendeur ne devait retirer de ses serveurs que les messages désignés par celle-ci. En ce qui concerne la promptitude de la réaction du défendeur, le défendeur a systématiquement réagi le jour même ou le lendemain du jour où il recevait les réclamations de la demanderesse.

Cela étant, le fait que la demanderesse indique précisément les messages qu'elle considérerait comme calomnieux ou diffamatoires suffit-il à en établir le

caractère illicite? Pareille appréciation est éminemment délicate et place l'hébergeur dans une situation difficile.

Pour cette raison, nous sommes d'opinion que, dans tous les cas où les contenus n'ont pas un caractère manifestement illicite, l'hébergeur n'a pas une obligation d'agir en dehors d'une décision judiciaire⁽⁴⁰⁾. Il faut en effet tenir compte du fait que la liberté d'expression et la liberté de la presse sont des principes de base de notre société et sont garanties par la Constitution (respectivement article 19 et 25 de la Constitution). Peut-être le développement croissant des médias électroniques et en particulier les services du *web 2.0*⁽⁴¹⁾ provoquent-ils le risque qu'un nombre croissant de contenus illicites soient diffusés sur internet, mais il paraît fondamental d'éviter que des intérêts particuliers ne parviennent à imposer une sorte de censure privée aux internautes en s'assurant la collaboration contrainte des prestataires intermédiaires⁽⁴²⁾.

Le risque est en effet grand d'en arriver à une situation où les responsables de site web et de forum auront tendance à retirer rapidement des informations de leur site, afin d'éviter des risques judiciaires, au lieu de vérifier si une plainte est bien fondée. Tel paraît d'ailleurs avoir été le cas en l'espèce: rien n'indique que le gestionnaire du site n'ait cherché à vérifier si les messages litigieux étaient réellement contraires à la loi. Pour éviter pareille évolution, il convient à notre sens de consacrer le principe selon lequel des messages ne devraient être retirés que sur la base d'une décision judiciaire (par exemple procédure en référé ou en cessation)⁽⁴³⁾. Une autre piste avancée par la doctrine pourrait être celle de la création de procédures formelles de notification et contre-notification (ou «notice and take down»), similaire à la procédure existante aux États-Unis en matière de propriété

(36) Voy. pour une critique plus approfondie: Z. KARAMBIRI: «Les responsabilités liées aux contenus postés dans les blogs», *R.D.T.I.*, 2009/36, p. 57.

(37) Par exemple un thème raciste, pédophile, etc. Dans ce sens, F. DE PATOUL, *op. cit.*, p. 104.

(38) L'article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003 prévoit en outre que «lorsque le prestataire a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite, il les communique sur le champ au procureur du Roi qui prend les mesures utiles conformément

à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle».

(39) Voy. *supra*.

(40) En ce sens, KaramBiri, Z., *op. cit.*, pp. 43 et s.

(41) Le concept de «web 2.0» désigne essentiellement l'existence d'interactions entre internautes et la possibilité pour les internautes de contribuer au contenu des sites *web*.

(42) Voy. pour une étude plus approfondie de ce risque: Z. KARAMBIRI, *op. cit.*, pp. 29 et s.; F. DE PATOUL, *op. cit.*, pp. 85 et s.

(43) On peut faire référence à cet égard au fait que, selon la loi du 11 mars 2003 et la directive 2000/31/CE, les exonérations de responsabilité n'empêchent pas que les prestataires intermédiaires puissent se voir obligés d'écarter ou de rendre inaccessible des informations, à la suite d'une procédure en référé ou en cessation (voy. dans cet égard les références implicites dans les articles 26 et 30 de la loi du 11 mars 2003 et les travaux préparatoires de la loi du 11 mars 2003 (*op. cit.*, p. 46.); voy. aussi les articles 12, § 3, 13, § 2, et 14, § 3, de la directive 2000/31/CE).

intellectuelle⁽⁴⁴⁾. Cette procédure pourrait consister en différentes étapes selon lesquelles, 1), un demandeur adresse une notification formelle à l'hébergeur, dénonçant le caractère illicite de certaines contributions sur son site; 2), l'hébergeur dispose d'un délai court pour retirer les contenus litigieux et en informer l'auteur; 3), l'auteur dispose d'un délai court pour réclamer la remise en ligne de sa contribution (et en communiquant à l'hébergeur son identité et ses coordonnées); et 4), l'hébergeur replace le contenu litigieux en ligne si le demandeur ne l'informe pas dans un délai court avoir diligenté une action au fond contre l'auteur⁽⁴⁵⁾. Ces deux propositions présenteraient, à notre avis, les avantages de respecter la liberté d'expression, de clarifier la notion de «connaissance effective» et de ne plus faire peser sur l'hébergeur le poids de la détermination du caractère illicite des contenus litigieux.

On observera encore que l'évolution de la jurisprudence belge pourrait amener à une collision des régimes de responsabilité en matière de nouveaux médias. En effet, si la jurisprudence consacre une interprétation du concept de «délict de presse» comme incluant les opinions publiées au moyen des nouveaux médias (c'est-à-dire par des médias qui ne se limitent pas nécessairement à un écrit imprimé)⁽⁴⁶⁾, et que l'on accepte alors que des messages calomnieux ou diffamatoires postés sur un forum de discussion ou sur d'autres plateformes du *web 2.0* peuvent constituer des délits de presse, la question se posera de l'interprétation de l'article 25 de la Constitution combiné aux articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003. En effet, si par exemple l'auteur des messages sur un forum de discussion sur internet n'est pas connu ou n'est pas domicilié en Belgique⁽⁴⁷⁾, la question se posera de savoir si les prestataires intermédiaires comme le gestionnaire d'un forum sur internet peuvent être assimilés aux éditeurs,

imprimeurs ou distributeurs mentionnés dans l'article 25, alinéa 2 de la Constitution⁽⁴⁸⁾, interprétation qui pourrait se révéler problématique au regard des exonérations prévues par la loi du 11 mars 2003 et par la directive 2000/31/CE. Il faut à notre avis bien comprendre la portée des différentes dispositions légales. L'article 25 de la Constitution contient une exonération générale pour l'éditeur, l'imprimeur et le distributeur (dans cet ordre) dans le cas où l'auteur est connu et domicilié en Belgique, tandis que les articles 18 à 21 de la loi du 11 mars 2003 constituent une *lex specialis* qui exonèrent en plus certaines activités de la société de l'information bien précisées dans la loi (et sans prévoir une séquence). L'un peut à notre avis compléter l'autre sans le contredire dans le sens où les exonérations précises pour les intermédiaires de la société de l'information (comme prévues par la loi du 11 mars 2003) s'ajoutent à l'exonération générale de l'article 25 de la Constitution. Il faut noter, finalement, que l'article 25 de la Constitution a récemment été inclus dans la déclaration de révision de la Constitution, «en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information», et que l'on peut donc espérer plus de clarté sur ce sujet dans le futur⁽⁴⁹⁾.

4. Conclusion

Retenons que la loi du 11 mars 2003 et la directive 2000/31/CE sont interprétées de manière souple et flexible, de sorte que les gestionnaires de forums de discussions, même si ses services sont gratuitement accessibles, peuvent en principe bénéficier de l'exonération prévue pour les hébergeurs.

Cette exonération reste soumise à certaines conditions, notamment le fait que les informations diffusées sur le forum de discussion doivent émaner des utilisateurs du forum et que ces

informations doivent être stockées à la demande des ces utilisateurs. Le gestionnaire du forum devra dès conserver une attitude de parfaite neutralité vis-à-vis des messages hébergés sur son forum. S'il poste lui-même des messages, s'il modère son forum en changeant le contenu des messages ou en sélectionnant les messages avant leur publication, il faut à notre avis conclure que le gestionnaire devient plutôt un éditeur qu'un hébergeur et ne bénéficie plus des exonérations légales.

Il est important à cet égard de se rendre compte qu'un gestionnaire d'un forum de discussion peut être soumis à différents régimes de responsabilité selon les différentes activités qu'il exerce, et qu'il faut toujours apprécier *in concreto* la nature de chaque activité au lieu d'automatiquement appliquer ou écarter le régime d'exonération prévu par les textes légaux.

Il en va de même pour l'appréciation de la connaissance du caractère illicite d'un message dans le chef du prestataire intermédiaire et de la promptitude de sa réaction. Il faut toujours apprécier *in concreto* si les conditions de l'exonération sont réunies. Puisqu'il est extrêmement difficile pour un hébergeur d'apprécier le caractère illicite des contenus qu'il a stockés, et puisque l'hébergeur n'a en principe aucune obligation générale de contrôler ces contenus, nous sommes d'opinion que les hébergeurs ne sont pas obligés de retirer des informations qui ne sont pas manifestement illicites en l'absence d'une décision judiciaire. *De lege ferenda*, une procédure formelle de «notice and take down» contribuerait à la clarification de leurs obligations. Cette conclusion est en outre conforme au principe de la liberté d'expression et permet d'éviter l'émergence d'une censure privée sur internet.

Bart Van Besien⁽⁵⁰⁾

(44) Notamment dans le «Digital Millennium Copyright Act». Voy. pour plus d'information B. FRYDMAN et I. RORIVE, *op. cit.*, pp. 52 et s.; F. DE PATOUL, *op. cit.*, p. 105 et T. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Larcier, 2001, p. 230.

(45) Voy. pour plus d'information P.-F. DOCQUIR, *La liberté d'expression dans le réseau mondial de communication: propositions pour une théorie générale du droit d'accès à l'espace public privatisé*, thèse présentée en vue de l'obtention du doctorat en sciences juridiques, Université Libre de

Bruxelles, Faculté de droit, 2008-2009, p. 333.

(46) Pour un résumé de l'évolution de la jurisprudence sur ce sujet: S. MAMPAEY et E. WERKERS: «Drukpersmisdrijven in de digitale informatiemaatschappij: tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W.», *A&M* 2010/02, pp. 150-153.

(47) Il va de soi que, même si on n'accepte pas que les articles 25 et 150 de la Constitution soient applicables aux services internet, les auteurs resteront toujours responsables en première ligne

pour le contenu des messages qu'ils mettent en ligne.

(48) Le problème ne se pose pas tellement au niveau des auteurs ou des éditeurs, mais plutôt au niveau des imprimeurs et des distributeurs (car il est difficile de désigner qui constitue un imprimeur ou un distributeur dans un environnement électronique).

(49) Déclaration de révision de la Constitution, *M.B.*, 7 mai 2010, p. 25762.

(50) Chercheur à l'U.L.B. – Centre Perelman.