

Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011

Note d'observations d'Hervé Jacquemin

I. RÉFÉRÉS – URGENCE – PERSISTANCE EN APPEL (NON) – EFFET

II. SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION – INFORMATIONS UTILES POUR RECHERCHER ET POURSUIVRE LES INFRACTIONS – ACTION CIVILE EN RÉPARATION – PAS DE DROIT SUBJECTIF D'OBTENIR CES INFORMATIONS DANS LE CHEF DE LA VICTIME DE PROPOS CALOMNIEUX OU DIFFAMATOIRES

I. INTERIM PROCEEDINGS – URGENCY – FULFILMENT IN APPEAL (NO) – CONSEQUENCES

II. INFORMATION SOCIETY SERVICES – INFORMATION USEFUL TO RESEARCH AND SUE THE INFRINGEMENTS – ACTION FOR CIVIL DAMAGES – NO SUBJECTIVE RIGHT FOR THE VICTIM OF LIBEL OR DEFAMATION TO GET THIS INFORMATION

I. La disparition de l'urgence en degré d'appel n'empêche pas le juge des référés, régulièrement saisi de l'appel d'une partie à qui une mesure provisoire a été imposée, d'examiner si la décision du premier juge était justifiée au moment où celui-ci s'est prononcé et de mettre, le cas échéant, cette décision à néant.

II. L'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de services de la société de l'information ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont elle dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation.



I. The loss of the requirement of urgency before the court of appeal does not prevent the interim jurisdiction, regularly seized of the appeal by a litigant to whom a provisional measure was imposed, to determine whether the decision of the first jurisdiction was justified when this last one judged and, if necessary, to reverse this decision.

II. Article 21, par 2, of the Act of 11 March on certain legal aspects of the information society services does not grant to the person victim of libel or defamation in a message published on a provider's website, the subjective right that the provider be convicted, by a jurisdiction of the judicial order, to communicate him/her the available information on the alleged offender, in order to sue him/her for civil damages.

(R.G. n° C.10.0153.F)

Le 24 mai 2011, l'avocat général André Henkes a déposé des conclusions au greffe.

I. LA PROCÉDURE DEVANT LA COUR

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 22 octobre 2009 par la cour d'appel de Liège.

Le président Christian Storck a fait rapport et l'avocat général André Henkes a été entendu en ses conclusions.

JURISPRUDENCE

II. LES MOYENS DE CASSATION

La demanderesse présente trois moyens libellés dans les termes suivants :

Premier moyen

Dispositions légales violées

Articles 584, 1039, 1042 et 1068 du Code judiciaire.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt, après avoir décidé qu'il n'y avait plus lieu à référé vu l'absence d'urgence au moment où la cause a été examinée devant la cour d'appel, décide qu'il convient d'examiner si le premier juge pouvait prendre la mesure litigieuse et, après cet examen, met à néant l'ordonnance entreprise, déboute la demanderesse de sa demande de production d'informations, lui ordonne de restituer à la défenderesse les données obtenues en exécution de cette ordonnance et lui fait interdiction d'utiliser, de quelque façon que ce soit, dont en justice, lesdites données, par tous ses motifs considérés ici comme intégralement reproduits et plus particulièrement aux motifs que :

« Il reste que, "si la disparition de l'urgence en appel empêche la cour [d'appel] de prononcer ou confirmer une mesure provisoire, elle n'empêche nullement celle-ci de se placer au moment où le premier juge a statué pour vérifier si, à ce moment-là, la mesure ordonnée se justifiait, notamment au regard de l'urgence" (...). Il convient donc d'examiner si, l'urgence étant avérée à ce stade, le premier juge pouvait prendre la mesure litigieuse à l'égard de (la défenderesse) ».

Griefs

L'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire dispose que tout appel d'un jugement définitif ou avant dire droit saisit du fond du litige le juge d'appel. En vertu de l'article 584 du Code judiciaire, le président du tribunal de commerce peut statuer au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence dans les matières qui sont de sa compétence. En vertu de cette disposition, rendue applicable en degré d'appel par l'article 1042 du Code judiciaire, le juge qui connaît de l'appel d'un jugement rendu en matière de mesures provisoires en référé doit vérifier si l'urgence persiste au moment de la prononciation de sa décision. S'il constate que le cas ne

revêt plus un caractère urgent, il décide qu'il n'y a pas lieu à référé et la mesure ordonnée cesse d'avoir effet à partir de la prononciation de la décision. Cette décision épuise la saisine du juge d'appel, qui ne peut, en vertu de l'article 1039 du Code judiciaire, statuer qu'au provisoire et par provision, et n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la légalité de la décision dont appel et ses conséquences quant aux restitutions.

L'arrêt, après avoir décidé qu'il n'y avait plus lieu à référé vu l'absence d'urgence au moment où la cause a été examinée devant la cour d'appel, n'a pu, partant, sans violer les dispositions légales visées au moyen, examiner si le premier juge pouvait prendre la mesure litigieuse et, ayant répondu négativement à la question, mettre à néant l'ordonnance entreprise, débouter la demanderesse de sa demande de production d'informations, lui ordonner la restitution des données obtenues en exécution de l'ordonnance mise à néant et lui faire interdiction d'utiliser de quelque façon que ce soit, dont en justice, lesdites données.

Deuxième moyen

Disposition légale violée

Article 21 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt réforme l'ordonnance entreprise, la met à néant, déboute la demanderesse de sa demande, formulée par voie de requête unilatérale, d'entendre condamner la défenderesse à produire les informations en sa possession concernant l'identité, les coordonnées, les adresses TCP/IR et les logs des auteurs des messages litigieux concernant la demanderesse sur le forum de discussion du site web de la défenderesse, ordonne à la demanderesse de restituer à la défenderesse les données obtenues en exécution de cette ordonnance et lui fait interdiction de les utiliser de quelque façon que ce soit, dont en justice, par tous ses motifs considérés ici comme intégralement reproduits et plus particulièrement par ceux qui sont repris sous l'intitulé « Droit de (la demanderesse) : article 21 de la loi du 11 mars 2003 », que :

« (La demanderesse) fonde son droit à obtenir les informations relatives aux auteurs des propos litigieux sur

l'article 21, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003 relative à certains aspects de la société de l'information.

L'article 21, § 1^{er}, prévoit que les prestataires des services visés aux dispositions précédentes, dont fait partie (la défenderesse) en sa qualité non contestée d'hébergeur, "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 (...)".

Ils ont en revanche, ce qui ne fait pas l'objet du présent débat, "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" (article 21, § 2, alinéa 1^{er}).

Pour le surplus, "sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et qui sont utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire" (article 21, § 2, alinéa 2).

Le premier juge a considéré que "les termes de l'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003 permettent, sans autre formalité et sans qu'il soit notamment nécessaire de procéder à un débat judiciaire, qu'une autorité judiciaire – en l'espèce le président du tribunal de commerce – sollicite des renseignements auprès du prestataire de services identifié par la loi, en l'espèce (la défenderesse)".

Pareille lecture méconnaît le libellé de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la loi, qui impose au prestataire l'obligation de communiquer "aux autorités judiciaires ou administratives compétentes" et ce, "à leur demande", les informations dont il dispose et qui sont "utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire". Il s'agit donc d'une relation bilatérale entre le prestataire et les autorités judiciaires ou administratives à des fins spécifiques, à savoir la recherche et la constatation des infractions.

Cette disposition ne fonde aucun droit subjectif d'une personne physique ou morale autre que lesdites autorités à obtenir les informations en cause, que ce soit directement, par une injonction immédiate à l'égard du

prestataire, ou encore indirectement, via une rétrocession des informations par l'autorité judiciaire ou administrative, procédure non prévue par cette disposition. Cette conclusion s'impose puisque cette communication d'information est imposée aux prestataires exclusivement en vue de la recherche et de la constatation des infractions, mission qui incombe aux seules autorités judiciaires ou administratives. Cet alinéa fait d'ailleurs suite à l'alinéa 1^{er} qui prévoit l'obligation pour les prestataires de dénoncer aux autorités judiciaires et administratives compétentes les activités illicites dont ils auraient connaissance. La méconnaissance de l'article 21, § 2, est par ailleurs sanctionnée pénalement, l'article 26, § 5, 3^o, alinéa 1^{er}, de la loi prévoyant des peines d'amende pour "les prestataires qui refusent de fournir la collaboration requise sur la base de l'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, ou de l'article 21, § 2".

La loi du 11 mars 2003 transpose une directive européenne (2000/13/CE du 8 juin 2000) dont l'article 15 pose le principe de l'absence d'obligation générale de surveillance dans le chef des prestataires, contrebalancée par la possibilité d'imposer l'obligation d'informer "les autorités publiques compétentes d'activités illicites" ainsi que "de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement".

La modification apportée en 2005 à la loi précitée confirme encore pleinement cette analyse. Dans sa version antérieure, une ambiguïté existait en ce qui concerne la communication des informations aux autorités administratives. Outre le fait que le législateur a étendu la portée de l'obligation de communication, qui ne se "limite donc pas seulement aux données d'identification du destinataire de leurs services, souvent insuffisantes pour rechercher et constater l'infraction" (Doc. 51 1845/001, p. 46), il a entendu supprimer la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} de l'article 21, § 2, car "elle pouvait laisser croire, à tort, que la collaboration des prestataires avec les autorités administratives compétentes était conditionnée à l'obtention préalable d'une décision du procureur du Roi ou d'un juge d'instruction. Il n'en est rien" (Doc. 51 1845/001, p. 47). La phrase supprimée obligeait en effet l'hébergeur à se conformer "aux modalités fixées dans les procédures visées à l'article 20, § 3", soit la communication

JURISPRUDENCE

au procureur du Roi. Il en résulte dorénavant que "l'obligation de collaboration entre les prestataires et les autorités administratives compétentes est directe et indépendante de toute intervention des autorités judiciaires" (Doc. 51 1845/001, p. 47). Ce principe de collaboration directe vise bien à "permettre aux autorités administratives compétentes (telle la direction générale du contrôle et de la médiation du Service public fédéral Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie) de constater les infractions commises par leur intermédiaire" (Doc. 51 1845/001, p. 46). Il n'est nulle part question d'une transmission des informations à des tiers autres que ces autorités, lesquels agissent à des fins privées, et non pour rechercher et constater des infractions.

En conclusion, le président du tribunal de commerce, saisi d'une demande d'une personne privée, ne pouvait, sur la base de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003, ordonner à (la défenderesse) la production des données litigieuses. L'apparence que ce dernier entendait donner à la communication d'informations à une autorité judiciaire ne correspondait pour le surplus pas à la réalité: (la défenderesse) était tenue de verser les renseignements au dossier de la procédure, consultable par (la demanderesse), et même d'en adresser directement une copie au conseil de celle-ci».

Griefs

En contrepartie de l'absence d'obligation générale de surveillance dans le chef du prestataire édictée par l'article 21, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003, le paragraphe 2 de cette disposition impose à celui-ci une obligation de communication des données aux autorités judiciaires. Cette disposition confère à une partie qui soutient qu'elle est victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un hébergeur de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à cet hébergeur de lui communiquer toutes les informations dont il dispose sur les auteurs de ces infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation.

L'arrêt, qui décide que cette disposition ne confère aux personnes privées aucun droit de saisir une autorité judiciaire aux fins d'obtenir communication des données lui permettant d'agir en réparation du préjudice causé par un acte illicite, restreint illégalement la

portée de l'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003, violant, partant, cette disposition légale.

Troisième moyen

Dispositions légales violées

Articles 584, 1039 et 1042 du Code judiciaire.

Décisions et motifs critiqués

L'arrêt, après avoir réformé l'ordonnance présidentielle, décide que cette réformation a pour conséquence l'interdiction à la demanderesse d'utiliser de quelque façon que ce soit, dont en justice, lesdites données, aux motifs que:

«La réformation de l'ordonnance présidentielle "emporte condamnation à restituer ce qui a été perçu en exécution de celle-ci même [si l'arrêt] ne l'énonce pas formellement" (G. DE LEVAL, *Traité des saisies*, n° 279C, p. 592), (la demanderesse) devant être replacée dans la même situation que si l'ordonnance litigieuse n'avait pas existé. Cette restitution implique que (la demanderesse) est censée n'avoir pas été mise en possession desdites données, qu'elle a obtenues sans fondement légal et qu'elle ne peut dès lors utiliser, notamment en justice. Les conséquences de cette interdiction devront ainsi être tirées dans le cadre de la procédure au fond introduite par (la demanderesse) contre ceux qu'elle a identifiés, sur la base de ces données, comme les auteurs des propos litigieux».

Griefs

En vertu des articles 584 et 1039 du Code judiciaire, applicables en degré d'appel conformément à l'article 1042 du même code, le juge des référés ne peut prendre, sur la base d'une apparence de droit, que des mesures provisoires et il lui est interdit d'indiquer au juge du fond quels sont les éléments qu'il devra prendre en considération dans le cadre de son examen des droits d'une partie.

L'arrêt, qui interdit à la demanderesse d'utiliser en justice les données obtenues en exécution de l'ordonnance du 30 juillet 2008 et qui impose au juge du fond, déjà saisi d'une demande d'indemnisation dirigée contre les auteurs des propos identifiés par ces données, d'en tirer les conséquences, excède les limites

du provisoire et viole, partant, les dispositions légales visées au moyen.

III. LA DÉCISION DE LA COUR

Sur le premier moyen

Conformément à l'article 584, alinéa 2, du Code judiciaire, le président du tribunal de commerce peut statuer au provisoire dans les cas dont il reconnaît l'urgence, dans les matières qui sont de la compétence de ce tribunal.

L'article 1068, alinéa 1^{er}, du même Code dispose que tout appel d'un jugement définitif ou avant dire droit saisit du fond du litige le juge d'appel.

Il suit de ces dispositions que la disparition de l'urgence en degré d'appel n'empêche pas le juge des référés, régulièrement saisi de l'appel d'une partie à qui une mesure provisoire a été imposée, d'examiner si la décision du premier juge était justifiée au moment où celui-ci s'est prononcé et de mettre, le cas échéant, cette décision à néant.

Le moyen, qui soutient le contraire, manque en droit.

Sur le deuxième moyen

L'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information dispose, en son premier alinéa, que les prestataires visés au paragraphe premier 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, en son second alinéa, que, sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et qui sont utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire.

Cette disposition ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont il dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation.

Le moyen, qui soutient le contraire, manque en droit.

Sur le troisième moyen

Après avoir décidé que l'ordonnance dont appel avait condamné illégalement la défenderesse à communiquer des informations à la demanderesse et devait dès lors être mise à néant, l'arrêt considère que la demanderesse doit être replacée dans la même situation que si l'ordonnance n'avait pas existé, que cette restitution implique que la demanderesse est censée n'avoir pas été mise en possession des données qu'elle a obtenues sans fondement légal et qu'elle ne peut dès lors les utiliser, notamment en justice, tout en précisant que « les conséquences de cette interdiction devront ainsi être tirées dans le cadre de la procédure au fond introduite par [la demanderesse] contre ceux qu'elle a identifiés, sur la base de ces données, comme les auteurs des propos litigieux ».

En faisant ainsi « interdiction à [la demanderesse] d'utiliser, de quelque façon que ce soit, dont en justice, lesdites données », la cour d'appel n'a pas pris de décision liant le juge du fond et n'a pas excédé les limites du provisoire s'imposant à elle comme juge des référés.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Note d'observations¹

Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux ?

INTRODUCTION

1. L'arrêt commenté a été rendu par la Cour de cassation le 16 juin 2011. Il fait suite à une procédure judiciaire initiée en juin 2008 par une entreprise générale de construction, en raison de propos tenus à son encontre sur le forum de discussion de l'Association de consommateurs Test-Achats, accessible en ligne.

Plus précisément, cette entreprise H. L. se plaint de trois appréciations négatives émises par Paul (le 6 janvier 2008), B. Jean (le 3 juin 2008) et M.C. de Othée (le 14 juin 2008). Comme il est d'usage sur les forums de discussion, les intervenants ne révèlent pas publiquement leur identité et se limitent à communiquer leur prénom ou des initiales.

2. Visiblement soucieuse d'agir directement contre les auteurs des messages litigieux, l'entreprise H. L. introduit le 23 juin 2008 une requête unilatérale devant le président du tribunal de commerce de Liège, en vue de l'entendre condamner Test-Achats à produire les informations en sa possession concernant l'identité, les coordonnées, les adresses TCP/IP et les logs des auteurs des messages litigieux, sur la base de l'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'infor-

mation² (ci-après, LSSI). Par ordonnance du même jour, le président du tribunal fait droit à la demande. Sur tierce opposition de Test-Achats, une seconde ordonnance est rendue le 30 juillet 2008³. Elle rejette la tierce opposition et condamne l'Association de consommateurs à produire les informations demandées. Celle-ci s'exécute et une procédure au fond est introduite devant le tribunal de première instance de Liège contre les auteurs des propos.

3. L'ordonnance du 30 juillet 2008 est réformée par la cour d'appel de Liège (sur recours de Test-Achats). Dans son arrêt du 22 octobre 2009, celle-ci juge en effet que l'article 21, § 2, de la LSSI ne permet pas à une personne physique ou morale (autre que l'autorité compétente) d'obtenir directement ou indirectement les informations d'identification demandées⁴.

4. L'arrêt *a quo* est confirmé par la Cour de cassation, qui décide que « cette disposition ne confère pas à une personne qui soutient être victime de propos calomnieux ou diffamatoires publiés sur le site d'un prestataire de services le droit subjectif d'obtenir d'une juridiction

² M.B., 17 mars 2003.

³ Comm. Liège (réf.), 30 juillet 2008, *J.L.M.B.*, 2009/13, p. 604. Pour un commentaire de cette ordonnance, voy. E. MONTERO, « Droit du commerce électronique - Chronique de jurisprudence 2002-2008 », *R.D.T.I.*, 2009/35, pp. 37-29.

⁴ Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 95, note de J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité ».

¹ Hervé Jacquemin. Chargé d'enseignement aux FUNDP. Chargé de cours invité à l'UCL. Avocat au barreau de Bruxelles (Liedekerke).

de l'ordre judiciaire qu'elle ordonne à ce prestataire de lui communiquer toutes les informations dont elle dispose sur les prétendus auteurs d'infractions aux fins de poursuivre une action civile en réparation».

Dans le présent commentaire, nous analysons l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI, à l'aune de l'interprétation qui lui est donnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 juin 2011 (I). Sont ensuite examinés les moyens alternatifs dont disposent (ou devraient disposer) les victimes d'actes illicites sur les réseaux pour identifier les auteurs de ceux-ci et, par la suite, espérer obtenir civilement la réparation de leur préjudice (II).

Nous ne traitons pas des autres moyens soumis à la censure de la Cour de cassation, mais également rejetés. L'un d'eux portait sur les pouvoirs de la juridiction d'appel quant à l'appréciation de la mesure provisoire prononcée par le juge *a quo* suite à la disparition de la condition d'urgence⁵. L'autre moyen était relatif aux limites d'une décision au provisoire, la cour d'appel ayant interdit à l'entreprise de construction d'utiliser les données obtenues suite à l'ordonnance du 30 juillet 2008, dans le cadre de la procédure au fond contre les auteurs des propos⁶.

I. CONTOURS DE L'OBLIGATION DE TRANSMISSION DES DONNÉES UTILES À LA RECHERCHE ET À LA CONSTATATION DES INFRACTIONS

5. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique⁷, que la LSSI transpose en droit belge, instaure un régime d'exonération de responsabilité, sous conditions, au profit de certains prestataires intermédiaires. Plus précisément, trois sortes d'activités sont visées: le simple transport, le stockage sous forme de copie temporaire des données et l'hébergement⁸.

Pour l'exercice de ces activités, aucune obligation générale de surveillance n'est imposée aux prestataires⁹.

Pour «contrebalancer» cette absence d'obligation générale de surveillance¹⁰, la loi exige des prestataires qu'ils collaborent avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes.

Cette obligation de collaboration est prévue à l'article 21, § 2, de la LSSI, aux termes duquel:

«Les prestataires visés au § 1^{er} 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.

Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à

⁵ Sur ce point, la Cour de cassation juge que conformément aux articles 584, alinéa 2, et 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, «la disparition de l'urgence en degré d'appel n'empêche pas le juge des référés, régulièrement saisi de l'appel d'une partie à qui une mesure provisoire a été imposée, d'examiner si la décision du premier juge était justifiée au moment où celui-ci s'est prononcé et de mettre, le cas échéant, cette décision à néant.

⁶ Sur ce point, la Cour de cassation juge que le moyen ne peut être accueilli, dans la mesure où «la cour d'appel n'a pas pris de décision liant le juge du fond et n'a pas excédé les limites du provisoire s'imposant à elle comme juge des référés».

⁷ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment le commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.*, L 178 du 17 juillet 2000.

⁸ Articles 18-20 de la LSSI; articles 12-14 de la directive sur le commerce électronique.

⁹ Articles 21, § 1^{er}, de la LSSI; article 15 de la directive sur le commerce électronique.

¹⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 10.

JURISPRUDENCE

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

Une distinction est ainsi faite entre la collaboration réalisée à l'initiative du prestataire (alinéa 1^{er}) ou à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2). Dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation, c'est plus précisément ce dernier type de collaboration qui était invoqué.

Aussi limiterons-nous le commentaire à celui-ci, en examinant successivement les débiteurs de cette obligation de collaboration (*infra*, n° 6), l'objet des informations transmises (*infra*, n° 7) et, à l'aune de l'arrêt de la Cour de cassation, le bénéficiaire de ces informations (*infra*, n° 8).

6. L'obligation de collaboration visée à l'article 21, § 2, de la LSSI incombe aux prestataires exerçant les activités visées aux articles 18, 19 et 20 de la loi (autrement dit, le simple transport, le stockage sous forme de copie temporaire des données et l'hébergement).

Le refus de collaboration est sanctionné pénalement d'une peine d'amende comprise entre 1 000 et 20 000 EUR¹¹.

Cette obligation de collaboration s'ajoute à celles auxquelles ces prestataires sont également soumis par ailleurs. L'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI s'applique en effet « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires ». Il s'agit notamment des règles visant à lutter contre la criminalité informatique¹². On peut ainsi citer l'article 46bis du Code d'instruction criminelle, qui permet au procureur du Roi de requérir d'un opérateur

de réseau de communication électronique ou d'un fournisseur de service de communication électronique, qu'il lui communique les données d'identification des utilisateurs de leurs services¹³.

7. Les informations que les prestataires sont susceptibles de communiquer aux autorités compétentes sont celles dont ils disposent et qui sont utiles « à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

Les termes de cette disposition ont été modifiés en 2005¹⁴: auparavant, la loi faisait seulement référence aux données d'identification. Celles-ci sont assurément utiles: sur le net, et notamment sur les forums de discussion, les internautes ne révèlent généralement pas publiquement leur identité et utilisent un pseudonyme, des initiales, voire une fausse identité. Pour être en mesure de poursuivre les auteurs d'actes illicites, il importait donc que le prestataire transmette les informations en sa possession et permettant d'atteindre cet objectif (adresse IP, fichiers logs, adresse de courrier électronique, numéro de téléphone, etc.).

D'autres données que les informations d'identification sont également nécessaires pour garantir l'efficacité des recours ou poursuites subséquents. On songe au détail des opéra-

¹³ Sur cette disposition (en particulier son champ d'application *ratione personae*), voy. Cass., 18 janvier 2011, *R.D.T.I.*, 2011/44, p. 113 et la note de L. KERZMANN, « L'affaire Yahoo! ou à qui s'adresse l'obligation de collaboration instaurée par l'article 46bis du Code d'instruction criminelle? ».

¹⁴ Elle a été modifiée par l'article 59 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 29 juillet 2005). À l'origine, l'article 21, § 2, alinéa 2 était rédigé comme suit: « sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ».

¹¹ Article 26, § 5, 3^o, de la LSSI. Ce montant doit être augmenté des décimes additionnels (et, à l'heure où nous écrivons ces lignes, multiplié par 6).

¹² Loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001.

tions réalisées par l'auteur de l'acte ou aux informations relatives à d'autres personnes que les destinataires des services¹⁵. Désormais, celles-ci sont clairement couvertes par l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI.

8. Les informations utiles à la recherche et à la constatation des infractions sont communiquées «à la demande» des autorités judiciaires ou administratives compétentes.

La question se pose de savoir si lesdites informations doivent être réservées aux autorités compétentes qui les ont demandées ou si elles peuvent être communiquées à toute personne intéressée par celles-ci, soit directement en exécution d'une injonction faite au prestataire de procéder de la sorte, soit indirectement, les informations étant retransmises par l'autorité compétente.

La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Liège¹⁶, s'est clairement prononcée en faveur de la première solution: la personne victime des propos litigieux ne possède pas de droit subjectif à obtenir du prestataire qu'il lui communique, sur ordre d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les informations relatives à l'auteur de l'infraction, en

vue d'introduire contre celui-ci une action civile en réparation.

9. Nous croyons effectivement qu'en tant que tel, le second alinéa de l'article 21, § 2, de la LSSI n'offre pas à toute personne s'estimant victime de propos calomnieux ou diffamatoires le droit subjectif d'obtenir des autorités compétentes les informations leur permettant de poursuivre civilement les auteurs de ceux-ci¹⁷.

Plusieurs arguments plaident en faveur de cette interprétation de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI.

L'expression «à leur demande» permet d'inférer que, si les autorités compétentes sont à l'initiative de la transmission des informations, elles en sont également les bénéficiaires exclusifs. En outre, conformément au régime établi par la LSSI, cette atteinte n'est permise que dans la mesure où la communication des informations est utile à la recherche et à la constatation des infractions. Elle doit donc permettre aux autorités judiciaires ou aux autorités administratives (la Direction Générale Contrôle et Médiation du SPF Économie, par exemple) de poursuivre et, le cas échéant, sanctionner les auteurs de ces infractions. La mesure ne poursuit donc pas un objectif indemnitaire, au bénéfice de la victime de cette infraction ou de tout autre acte illicite (qui ne constituerait pas nécessairement une infraction).

Il faut également avoir égard aux droits respectifs des parties impliquées, dont il convient d'assurer l'équilibre. Si les victimes des propos litigieux peuvent effectivement se prévaloir du droit à l'honneur et à la réputation, ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective, ces droits doivent être mis en balance avec le droit à la protection de la vie

¹⁵ À ce sujet, voy. l'exposé des motifs de la loi: «de nombreuses transactions sont effectuées par des vendeurs usant d'un pseudonyme, d'une fausse identité, via des sites uniquement accessibles à ses membres, via des sites de ventes aux enchères électroniques, via sms, via numéros de téléphone surtaxés,... La vérification de la légalité ou non du service nécessite la connaissance du déroulement de la transaction dans sa globalité (informations préalables à la transaction, date de la transaction, identification du produit ou du service vendu, prix, adresse IP et physique du vendeur, ...), ainsi que des informations détenues par le prestataire concernant d'autres personnes que les destinataires de leurs services» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 1845/001, p. 46).

¹⁶ En faveur de cette solution, voy. J. FELD, «Forums de discussion: espaces de liberté sous haute responsabilité», note sous Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 114.

¹⁷ Toute autre est la question de savoir si, *de lege ferenda*, moyennant un amendement à cette disposition, ce droit devrait leur être octroyé (à ce sujet, voy. *infra*, n° 12).

privée des auteurs desdits propos, consacré par la Constitution et de nombreux autres textes nationaux et internationaux. En particulier, il échète d'observer la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁸ (ci-après, LVP) : lorsque les informations peuvent être vues comme des données à caractère personnel, concernant une personne physique identifiée ou identifiable, l'accès à celles-ci et leur communication constituera un traitement, soumis aux exigences de la loi (en termes de légalité, de légitimité et de proportionnalité). Toute atteinte à la vie privée des auteurs des propos litigieux doit donc être vue comme une exception au principe de protection, tel qu'établi par les textes précités, ce qui, par conséquent, commande une interprétation stricte de la disposition.

Aussi était-il logique que, sur le fondement de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI, les informations ne puissent pas être communiquées à la victime des propos litigieux en vue d'introduire une action en réparation.

II. COMMENT OBTENIR LES DONNÉES UTILES À LA RECHERCHE ET À LA CONSTATATION DES INFRACTIONS EN VUE DE POURSUIVRE CIVILEMENT LEUR AUTEUR ?

10. L'interprétation donnée par la Cour de cassation de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI nous paraît justifiée. Il n'en reste pas moins qu'elle ne permet pas à la victime des propos litigieux d'exercer efficacement son droit à un recours juridictionnel effectif, en vue d'obtenir une réparation civile de son préjudice.

Après avoir examiné les solutions alternatives dont elle dispose *de lege lata*, nous formulons, *de lege ferenda*, une proposition d'amendement à l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI.

11. Il convient de présenter brièvement les principales options dont dispose la victime des messages litigieux en vue d'obtenir les informations nécessaires à l'introduction d'un recours en responsabilité civile contre les auteurs desdits propos.

Il lui est d'abord loisible d'introduire une plainte auprès des autorités judiciaires compétentes (en l'occurrence, pour calomnie et diffamation), en espérant que celles-ci poursuivent l'auteur de l'infraction et, dans ce cadre, exigent du prestataire qu'il leur fournisse notamment les données d'identification des auteurs des messages litigieux sur le site web. Il est à craindre, cependant, que ce type d'infraction ne constitue pas une priorité de politique criminelle ; on peut en effet émettre des doutes quant à l'opportunité de poursuivre des internautes pour des messages similaires à ceux en cause dans le litige soumis à la Cour de cassation¹⁹. Le cas échéant, les victimes devraient donc se constituer partie civile pour « forcer » l'intervention d'un juge d'instruction et faire en sorte que des devoirs complémentaires, visant à identifier les auteurs, soient réalisés. À supposer même que ces derniers soient finalement cités devant le tribunal correctionnel, une décision d'acquittement – qui est loin d'être exclue – pourrait avoir pour effet de priver la victime de toute indemnisation (par application du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil).

Les victimes pourraient également se fonder dans l'affaire objet du présent commentaire sur l'article 871 du Code judiciaire, qui permet au juge d'« ordonner à toute partie litigante de produire les éléments de preuve dont elle dispose ». Cependant, comme ce fut souligné, « se posera néanmoins la question de la base légale et de l'intérêt invoqué par la partie qui

¹⁸ M.B., 18 mars 1993.

¹⁹ Il en irait sans doute autrement s'il s'agissait de propos racistes, xénophobes ou discriminatoires.

attire l'hébergeur devant le juge à cette fin»²⁰. En outre, cette communication devra se faire dans le respect du droit à la protection de la vie privée des auteurs, et en conformité avec les exigences de la LVP. Aussi ne peut-on exclure que la communication des données soit refusée.

S'il s'avère impossible d'obtenir les données d'identification de l'auteur des propos (ou parallèlement à un recours contre celui-ci), la victime peut également s'adresser au prestataire intermédiaire en vue d'obtenir de celui-ci qu'à tout le moins, il rende les informations inaccessibles. Le prestataire fournissant un service de la société de l'information constituant une activité d'hébergement pourrait en effet perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité instituée par l'article 20 de la LSSI s'il avait une connaissance effective d'une activité illicite et n'a pas agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible, en conformité avec la procédure instituée par la loi. Si le prestataire intermédiaire fait droit à sa demande, la victime ne pourra cependant obtenir aucune indemnisation de la part du prestataire intermédiaire. Il s'agit donc d'un pis-aller qui pourra se révéler insatisfaisant, en particulier si les auteurs des propos considérés comme diffamatoires ou calomnieux postent des messages similaires sur d'autres forums de discussion et procèdent ainsi à une campagne de dénigrement organisée. La victime devrait en effet s'adresser aux autres prestataires de la société de l'information visés par la LSSI par l'intermédiaire desquels les messages sont diffusés.

12. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2011 exclut tout droit subjectif, dans le chef d'une victime de propos litigieux, d'obtenir

d'un prestataire intermédiaire qu'il lui communique les informations permettant notamment d'identifier l'auteur de ceux-ci en vue de le poursuivre civilement.

On peut toutefois se demander si, *de lege ferenda*, il serait opportun d'introduire une disposition légale octroyant un tel droit subjectif aux victimes de ces propos.

On peut en effet trouver choquant que d'aucuns profitent de cet anonymat relatif et tiennent des propos diffamatoires ou calomnieux sans risque de voir leur responsabilité civile engagée.

Pour analyser une telle mesure, il convient d'avoir égard à la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, en particulier l'arrêt *Promusicae*²¹, qui traite de l'équilibre à trouver entre le droit à la protection de la vie privée et la protection effective des droits d'auteur (s'agissant d'identifier les auteurs des violations à ceux-ci en vue de les poursuivre civilement).

Une disposition octroyant ce droit subjectif constituerait une limitation au droit à la protection de la vie privée dont jouit l'auteur des propos. Conformément à l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques²², une telle atteinte peut être introduite

²⁰ J. FELD, « Forums de discussion : espaces de liberté sous haute responsabilité », note sous Liège, 22 octobre 2009, *R.D.T.I.*, 2010/38, p. 114.

²¹ C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*. Voy. aussi C.J.C.E., ordonnance du 19 février 2009, aff. C-577/07, *LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH*; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*. À ce propos, voy. S. DUSOLLIER, « Responsabilités des intermédiaires de l'Internet : un équilibre compromis? », *R.D.T.I.*, 2007/29, pp. 269 et s.; F. COUDERT et E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux peer-to-peer : la levée du secret des communications est-elle justifiée? », note sous C.J.C.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, *R.D.T.I.*, 2008/30, pp. 76 et s.; F. POLLAUD-DULJAN, « Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée », *A&M*, 2008/4, pp. 264 et s.; O. DE SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *J.D.E.*, 2010, p. 126.

²² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement

par le biais d'une disposition légale si cette limitation «constitue une mesure nécessaire, appropriée et proportionnée, au sein d'une société démocratique, pour sauvegarder la sécurité nationale – c'est-à-dire la sûreté de l'État – la défense et la sécurité publique, ou assurer la prévention, la recherche, la détection et la poursuite d'infractions pénales ou d'utilisations non autorisées du système de communications électroniques, comme le prévoit l'article 13, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE». Cette dernière disposition fait également référence à la protection des droits et libertés d'autrui. Aussi faut-il en déduire que la volonté du législateur européen n'a pas été d'exclure du champ d'application de l'article 15 les situations dans lesquelles les victimes cherchent à obtenir la protection de leurs droits dans le cadre d'une procédure civile²³. En conséquence, comme l'a affirmé la Cour de justice dans l'affaire *Promusicae*, «la directive 2002/58 n'exclut pas la possibilité, pour les États membres, de prévoir l'obligation de divulguer, dans le cadre d'une procédure civile, des données à caractère personnel»²⁴. La Cour ajoute cependant que l'article 15 (1) de la directive vie privée et communications électroniques «ne peut pas être interprété comme contraignant, dans les situations qu'il énumère, les États membres à prévoir une telle obligation»²⁵.

Un équilibre doit être trouvé entre les droits fondamentaux en présence: le droit à la protection de la vie privée, dans le chef de l'au-

teur des propos litigieux, le droit à une protection juridictionnelle effective ainsi que le droit à l'honneur et à la réputation, dans le chef de la victime²⁶.

Nous sommes d'avis que cet équilibre peut être préservé si la communication des informations permettant d'agir civilement contre l'auteur de propos litigieux est autorisée et réalisée moyennant l'intervention d'une autorité judiciaire compétente. Concrètement, l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI pourrait être rédigé comme suit (nous soulignons l'amendement): «sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires 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. *Indépendamment de poursuites pénales ou administratives, les autorités judiciaires compétentes peuvent également ordonner aux prestataires de communiquer les mêmes informations aux personnes victimes de ces infractions s'il existe des indices sérieux démontrant que les éléments constitutifs de ces infractions sont réunis et pour autant que les droits de la victime ne puissent pas être préservés*

des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O. L 201 du 31 juillet 2002*.

²³ En ce sens, voy. C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 53.

²⁴ C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 54; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

²⁵ C.J.C.E. (gde ch.), 29 janvier 2008, aff. C-275/06, *Promusicae*, point 55; C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 55.

²⁶ À ce propos, on aura égard au point 68 de l'arrêt *Promusicae*, suivant lequel «il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité» (voir aussi C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, point 56).

par la mise en œuvre de mesures moins attentatoires à la vie privée de l'auteur de l'acte»²⁷.

Des garanties sont ainsi apportées quant à la protection de la vie privée puisque les autorités compétentes devront apprécier si, dans le cas d'espèce qui leur est soumis, elles jugent nécessaire de faire prévaloir les droits de la victime – en particulier le droit à un recours effectif et le droit à l'honneur et à la réputation – et si cette limitation à la protection de la vie privée est proportionnée aux objectifs poursuivis.

CONCLUSION

13. En définitive, nous sommes d'avis que cet arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2011 doit être approuvé. Dans la mouture actuelle de l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI, il exclut en effet, dans le chef de la victime de

propos calomnieux ou diffamatoires, tout droit subjectif à obtenir, de la part du prestataire intermédiaire et suite à un ordre d'une autorité judiciaire, les informations sur les prétendus auteurs des infractions, en vue de les poursuivre civilement en réparation.

14. Il n'en reste pas moins que, *de lege ferenda*, pour garantir le droit de la victime de ces propos à bénéficier d'un recours juridictionnel effectif, l'article 21, § 2, alinéa 2, de la LSSI devrait être amendé pour lui permettre d'obtenir ces informations. Moyennant la mise en place de diverses garanties (en particulier l'intervention d'une autorité judiciaire compétente), on s'assure que l'atteinte à la vie privée du prétendu auteur de l'infraction est réalisée dans le respect des principes de légitimité et de proportionnalité.

Hervé JACQUEMIN

²⁷ Comp. C.J.U.E., 19 avril 2012, aff. C-461/10, *Bonnier Audio AB*, points 58 et s., où la Cour a jugé que l'équilibre entre les droits était en principe préservé lorsque « la législation nationale en question exige, notamment, que pour qu'une injonction de communiquer les données en cause puisse être ordonnée des indices réels d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle sur une œuvre existante, que les informations demandées soient susceptibles de faciliter l'enquête sur la violation du droit d'auteur ou l'atteinte à un tel droit et que les raisons motivant cette injonction soient d'un intérêt supérieur aux inconvénients ou aux autres préjudices qu'elle peut entraîner pour son destinataire ou à tout intérêt qui s'y oppose ». Cette législation permet en effet « à la juridiction nationale saisie d'une demande d'injonction de communiquer des données à caractère personnel, introduite par une personne ayant qualité pour agir, de pondérer, en fonction des circonstances de chaque espèce et en tenant dûment compte des exigences résultant du principe de proportionnalité, les intérêts opposés en présence ».