

Responsabilité et numérique : le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires¹

RESPONSABILITÉ

La contribution examine le régime d'exonération de responsabilité dont les prestataires intermédiaires de l'Internet peuvent bénéficier pour certaines de leurs activités (simple transport, stockage sous forme de copie temporaire des données et hébergement). L'absence d'obligation générale de surveillance, ainsi que la collaboration avec les autorités judiciaires et administratives, sont également présentées.

I. Présentation du cadre normatif et de ses principaux objectifs

1. Directive sur le commerce électronique, transposée dans le livre XII du Code de droit économique. La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique² règle la responsabilité des prestataires intermédiaires, en instaurant un régime d'exonération (totale ou partielle) de responsabilité pour trois catégories d'activités : le simple transport, la forme de stockage dite *caching* et l'hébergement³. Elle introduit également le principe d'une absence d'obligation générale de surveillance, couplée à une obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes⁴.

La directive a été transposée fidèlement en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information⁵. Dans le cadre de la promulgation du Code de droit économique, cette loi a été abrogée et ses dispositions ont été intégrées, à droit constant, dans le titre 1^{er} du livre XII du Code de droit économique⁶ (C.D.E., art. XII.17 à XII.20).

À l'époque de l'adoption de la directive, on craignait que les prestataires intermédiaires – pourtant indispensables au fonctionnement de l'Internet –, se retirent du marché ou mettent en place des mécanismes de censure préventive pour éviter de voir leur responsabilité engagée trop facilement. Ils constituaient en effet les débiteurs vers lesquels les victimes avaient tendance à se tourner pour faire cesser les actes illicites et obtenir l'indemnisation de leur préjudice. La démarche se comprend : sous réserve de ce qui sera dit par la suite, ils sont particulièrement bien placés pour identifier les auteurs d'actes illicites et mettre fin à ceux-ci (par exemple en rendant l'accès à certains contenus impossible). Une exonération de responsabilité est instaurée au profit des prestataires intermédiaires pour certaines de leurs activités.

Elle est toutefois conditionnée au respect de plusieurs exigences, outre qu'une obligation de collaboration peut leur être imposée dans des circonstances spécifiques.

2. Réformes en cours au niveau européen.

Dans le cadre de sa « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe »⁷, la Commission européenne a lancé, en 2015-2016, une consultation publique sur le thème des plateformes, des contenus illicites et de la responsabilité des prestataires intermédiaires, des données et du *cloud*, et de l'économie collaborative. Les réponses ont notamment montré que les concepts clés des règles en matière de responsabilité des prestataires intermédiaires devraient être clarifiés (notamment les catégories d'activités visées par l'exonération). Même si, pour certains, le cadre est globalement satisfaisant, d'autres demandent des modifications, avec notamment l'instauration d'un régime différencié en fonction du contenu illicite (par exemple en ce qui concerne les procédures de *notice and take down*)⁸. Dans la foulée, la Commission a publié une communication sur les plateformes en ligne et le marché unique numérique⁹, dans laquelle elle souligne le rôle crucial joué par celles-ci dans l'innovation et la croissance, tout en pointant de grands principes à promouvoir dans le cadre de leur développement¹⁰.

Les discussions se sont poursuivies et, au cours des derniers mois, la stratégie a été mise en œuvre, avec l'adoption d'autres textes¹¹ parmi lesquels figure une recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne¹².

3. Plan de la contribution. Après avoir précisé le champ d'application des règles relatives à l'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires figurant aux articles XII.17 à XII.20 du Code de droit économique (II), on examinera la portée de celles-ci et les conditions à respecter, le cas échéant, pour en bénéficier (III). On se penchera enfin sur les injonctions susceptibles d'être prononcées à l'égard de ces intermédiaires et sur

1 La présente contribution constitue une version synthétique de H. JACQUEMIN, « Le régime d'exonération de responsabilité des prestataires intermédiaires : état des lieux et perspectives », *Responsabilités et numérique*, coll. Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 63-99.

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

3 Directive sur le commerce électronique, art. 12-14.

4 Directive sur le commerce électronique, art. 15.

5 *M.B.*, 17 mars 2003, abrogée par la loi du 15 décembre 2013, *M.B.*, 14 janvier 2014. Sur cette loi (et, par voie de conséquence, sur les dispositions correspondantes du livre XII du C.D.E.) et sur la jurisprudence, voy. not. C. DE PRETER, « Nieuwe aansprakelijkheidsregels voor dienstverleeners », *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, La Chartre, 2003, pp. 211 et s. ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in J.-L. FAGNART, *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, Dossier 26ter, 2004, pp. 15 et s. ; E. MONTERO, « Le domaine de l'Internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *Droit de la responsabilité civile. Domaines choisis*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 185 et s. ; P. GUNST et P. VAN EECHE, « Aansprakelijkheid van dienstverleners », *Recht en elektronische handel*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 360 et s. ; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « Commerce électronique et contrats de l'informatique », *R.D.T.I.*, 2012/48-49, pp. 22 et s. ; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », *Les réseaux sociaux et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 125 et s. ; J.-B. HUBIN et H. JACQUEMIN, « Contrats de

l'informatique et commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2015/59-60, pp. 28 et s. ; F. JONGEN et A. STROWEL (avec la coll. de E. CRUYSMANS), *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 781 et s.

- 6 Les définitions figurent dans le livre I du C.D.E. et les sanctions dans le livre XV du C.D.E.
- 7 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015) 192 final, 6 mai 2015.
- 8 Voy. sur ce point COMMISSION EUROPÉENNE, « Synopsis Report on the public consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries and the collaborative economy », disponible sur <https://ec.europa.eu>.
- 9 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Les plateformes en ligne et le marché unique numérique - Perspectives et défis pour l'Europe, COM(2016) 288 final, 25 mai 2016.
- 10 Il s'agit de garantir des conditions de concurrence équitables pour des services numériques comparables, de faire en sorte que les plateformes en ligne aient une attitude responsable, de susciter la confiance, de favoriser la transparence, de garantir l'impartialité et de conserver des marchés ouverts et non discriminatoires pour promouvoir une économie fondée sur les données.
- 11 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions – Lutter contre le contenu illicite en ligne. Pour une responsabilité accrue des plateformes en ligne, COM(2017) 555 final, 28 septembre 2017 ; Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne, COM(2018) 238 final, 26 avril 2018.
- 12 Recommandation de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, COM(2018) 1177 final, 1^{er} mars 2018.
- 13 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est également pertinente dans le domaine, notamment avec l'arrêt *Delfi* : Cour eur. D.H. (gde ch.), arrêt *Delfi A.S. c. Estonie*, 16 juin 2015. Sur ces questions, voy.

l'obligation de collaboration qui leur incombe (IV). S'agissant d'une synthèse des règles applicables, on se limitera aux principaux arrêts de jurisprudence rendus par la Cour de justice de l'Union européenne¹³.

II. Domaine d'application du régime d'exonération de responsabilité

4. Trois catégories d'activités visées par le régime d'exonération. On enseigne traditionnellement que c'est la nature des activités des prestataires et non leur qualité, envisagée de manière générale, qui conditionne l'application du régime d'exonération de responsabilité des articles XII.17 et suivants du Code de droit économique. Examinons les conditions communes aux trois activités – existence d'un service de la société de l'information et condition de neutralité – avant de nous pencher sur celles qui sont propres à chacune d'elles.

5. Règles communes à toutes les activités. Pour bénéficier de l'exonération, le prestataire doit fournir un « service de la société de l'information ». La notion est définie à l'article I.18, 1^o, du Code de droit économique, comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ». Dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, que cette disposition transpose en droit belge, il est fait référence à la directive 98/34/CE¹⁴, depuis lors abrogée et remplacée par la directive (UE) 2015/1535¹⁵. Il doit ainsi s'agir d'un *service*, au sens de l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁶ (ci-après T.F.U.E.), de nature économique, même s'il n'est pas requis que la rémunération soit payée par son destinataire¹⁷. La précision est importante, spécialement dans le contexte des services en ligne : on sait en effet que nombre d'entre eux sont fournis sans le paiement d'un prix par le destinataire. Dans ce cas, le prestataire tire, par exemple, sa rémunération des recettes publicitaires générées par la fréquentation de son site et/ou par l'exploitation des données à caractère personnel communiquées par les personnes concernées.

Un critère de neutralité est également consacré par la Cour de justice de l'Union européenne. De manière contestable, celle-ci se fonde sur le considérant n°42 de la directive sur le commerce électronique – *a priori* limité à l'activité de simple transport – pour déterminer la portée du régime

d'exonération de responsabilité des activités d'hébergement. Dans les affaires *Google* (2010) et *L'Oréal* (2011), confirmées par la jurisprudence ultérieure, elle décide en effet que l'application de l'article 14 de la directive sur le commerce électronique (art. XII.19, C.D.E.) n'est pas uniquement subordonnée au critère du stockage des informations : encore faut-il que « le comportement [du] prestataire se limite à celui d'un "prestataire intermédiaire" au sens voulu par le législateur dans le cadre de la section 4 de cette directive »¹⁸. Faisant référence au considérant n°42, elle ajoute que les dérogations en matière de responsabilité ne valent que lorsque l'activité du prestataire « revêt un caractère "purement technique, automatique et passif", impliquant que ledit prestataire "n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées" »¹⁹. Ce n'est donc que lorsque « le prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées » qu'il peut être qualifié de « prestataire intermédiaire » et bénéficier ainsi de l'exonération de responsabilité – pour autant que les conditions soient, le cas échéant, satisfaites. La Cour confirme sa jurisprudence dans l'affaire *Mc Fadden*, où elle voit un point commun entre les services des fournisseurs d'accès à Internet (F.A.I.) et des hébergeurs, qui « n'ont ni la connaissance, ni le contrôle des informations [...] transmises ou stockées »²⁰.

Il appartient évidemment aux juridictions nationales d'apprécier *in concreto* si le critère est satisfait ou pas, tout en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne²¹.

6. Régime différencié pour chaque activité. L'activité de « simple transport » prévue à l'article XII.17 du Code de droit économique, consiste « à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication »²². Concrètement, il s'agit des *backbone providers*, qui gèrent les réseaux de communication – autrement dit, l'infrastructure – à travers lesquels les données sont transmises. Les F.A.I. sont également visés. Le cas échéant, il peut d'ailleurs s'agir de la mise à disposition d'un réseau de communication sans fil (WiFi) public et gratuit²³.

L'activité de stockage sous forme de copie temporaire des données est régie par l'article XII.18 du Code de droit économique. Elle consiste à « transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par un destinataire du service » et permet au prestataire d'échapper à toute responsabilité « au titre du stockage

automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service ». Il s'agit de stocker de manière temporaire les informations les plus demandées par les internautes sur des serveurs proxy, de sorte que les informations soient accessibles plus rapidement – et sans surcharger la bande passante du réseau à chaque requête. Encore faut-il que la finalité du stockage temporaire de ces données soit liée à leur transmission ultérieure²⁴.

L'hébergement est la troisième activité pour laquelle un prestataire de services de la société de l'information est susceptible de bénéficier d'une exonération de responsabilité dans les conditions de l'article XII.19 du Code de droit économique. Aux termes de cette disposition, cette activité consiste « à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Dans le contexte de l'adoption de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, on visait les prestataires techniques mettant des serveurs à la disposition des destinataires des services en vue d'héberger, matériellement, leurs données – l'hébergement d'un site Internet, par exemple –. Avec le web 2.0 – réseaux sociaux, places de marché électroniques, sites de partage de contenus, etc. –, la question s'est posée de savoir si l'hébergement couvrirait également une conservation « virtuelle » des contenus fournis par les tiers. La plateforme stocke en effet les annonces de vente de produits, les messages ou les posts publiés sur les réseaux sociaux, les contenus vidéo ou les photos échangés sur le site de partage, etc. La Cour de justice a répondu, à bon droit, par l'affirmative, en se prononçant sur les services de référencement payants de Google²⁵, sur la place de marché en ligne eBay²⁶ ou encore sur le réseau social Netlog²⁷.

III. Portée du régime d'exonération de responsabilité et exigences à respecter pour en bénéficier

7. Portée de l'exonération de responsabilité. Dans le domaine d'application précisément circonscrit des trois catégories d'activités susmentionnées (*supra*, point II), les exonérations de responsabilité concernent toutes les hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile (contractuelle ou extracontractuelle) et/ou pénale des prestataires intermédiaires pourrait être engagée.

Elles s'appliquent également de manière horizontale, peu importe la nature de l'activité illicite et les dispositions légales ou réglementaires violées. Ainsi, il importe peu que la méconnaissance porte sur une violation des règles en matière de propriété intellectuelle, de pratiques du marché, de protection des données, de non-discrimination, d'atteinte à l'honneur ou de diffamation, par exemple. Si l'exonération de responsabilité ainsi conçue semble large, il faut rappeler que le prestataire qui perd le bénéfice de celle-ci ne devient pas *ipso facto* responsable. La victime devra en effet démontrer que la responsabilité du prestataire est engagée en établissant que les conditions d'application du régime invoqué sont réunies²⁸. Si l'article 1382 du Code civil est invoqué, la victime devra apporter la preuve que le prestataire a commis une faute – et donc, notamment, qu'il ne s'est pas comporté comme un prestataire normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances concrètes de fait – et que celle-ci est en lien de causalité avec le préjudice subi.

8. Exigences spécifiques à l'activité de simple transport. Trois conditions cumulatives doivent être respectées par le prestataire menant une activité de simple transport pour bénéficier de l'exonération de responsabilité visée à l'article XII.17, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique : « 1^o il n'est pas à l'origine de la transmission ; 2^o il ne sélectionne pas le destinataire de la transmission ; 3^o il ne sélectionne, ni ne modifie, les informations faisant l'objet de la transmission ». Concrètement, il doit donc rester dans un rôle de prestataire technique purement passif – ce qui est normalement le cas, eu égard à ses activités. Aucune autre exigence que celles figurant à l'article 12 de la directive n'est par conséquent requise²⁹.

On notera utilement que, contrairement aux régimes d'exonération pour le *caching* ou l'hébergement, la connaissance du caractère illicite de l'information ou le retrait prompt de celle-ci dès qu'il en a connaissance, ne prive pas le prestataire du bénéfice de l'exonération³⁰.

9. Exigences spécifiques à l'activité de stockage temporaire des données. S'agissant de l'activité de stockage temporaire des données, l'exonération de responsabilité est subordonnée au respect de cinq conditions cumulatives dans le chef du prestataire :

- « 1^o le prestataire ne modifie pas l'information ;
- 2^o le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;

par ex. P.-Y. THOMASIN, « Les droits fondamentaux dans le monde numérique : variations autour de l'ubiquité », *Responsabilités et numérique*, coll. du Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 181 et s. ; Q. VAN ENIS et A. MICHEL, « Médias, liberté d'expression et nouvelles technologies », *R.D.T.I.*, 2017/68-69, pp. 163 et s.

14 Voy. l'article 2, a), de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, renvoyant à l'article 1^{er}, point 2, de la 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.U.E.*, L 204, 21 juillet 1998, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998 portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.U.E.*, L 217, 5 août 1998.

15 Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 241, 17 septembre 2015.

16 En ce sens : C.J., arrêt *Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, point 29 ; C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 37.

17 Voy. le considérant n°18 de la directive sur le commerce électronique. En jurisprudence, voy. C.J., arrêt *Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, point 30 ; C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 43.

18 C.J. (gde ch.), arrêt *Google France et Google c. Louis Vuitton Malletier*, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, point 112.

19 Voy. les critères dégagés par la Cour de justice : C.J. (gde ch.), arrêt *Google France et Google c. Louis Vuitton Malletier*, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, point 113 ; C.J. (gde ch.), arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2011:474, point 110 ; C.J., arrêt *Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, point 41.

20 C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*,

15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, point 61.

- 21 C.J. (gde ch.), arrêt *Google France et Google c. Louis Vuitton Malletier*, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, points 115-118 ; C.J. (gde ch.), arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2011:474, points 114-116. Voy. aussi C.J., arrêt *Papasavvas c. O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd e.a.*, 11 septembre 2014, C-291/13, EU:C:2014:2209, points 42-44.
- 22 C.D.E., art. XII.17, al. 1^{er}. L'alinéa 2 de la disposition ajoute que « les activités de transmission et de fourniture d'accès visées à l'alinéa 1^{er} englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que ce stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission ».
- 23 C.J. (gde ch.), arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689.
- 24 Tel n'était pas le cas du service de Google, en tant que moteur de recherche, dans le cadre du litige qui l'a opposé à Copiepresse devant la Cour d'appel de Bruxelles. Voy. Bruxelles, 5 mai 2011, *R.D.T.I.*, 2011/44, p. 35, note A. DE FRANCOUEN, *Ann. Prat. Marché*, 2011, p. 896, *I.R.D.I.*, 2011, p. 265, note F. PETILLON.
- 25 C.J. (gde ch.), arrêt *Google France et Google c. Louis Vuitton Malletier*, 23 mars 2010, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, EU:C:2010:159, point 111.
- 26 C.J. (gde ch.), arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2011:474, point 110 : « il n'est pas contesté que eBay stocke, c'est-à-dire met en mémoire sur son serveur, des données fournies par ses clients. eBay effectue ce stockage chaque fois qu'un client ouvre un compte vendeur auprès d'elle et lui fournit les données de ses offres à la vente [...] ».
- 27 C.J., arrêt *SABAM c. Netlog*, 16 février 2012, C-360/10, EU:C:2012:85:1036, point 27.
- 28 E. MONTEIRO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *Cahier du CRID*, n°19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 278 ; A. STROWEL, N. IDE ET F. VERHOESTRAETE, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, p. 140, n°24 ; Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », *op. cit.*, pp. 128-129.

3° le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisée par les entreprises ;

4° le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ;

5° le prestataire agit promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour rendre l'accès à celle-ci impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre l'accès à cette dernière impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue à l'article XII.19, §3 »³¹.

On observe que, contrairement au régime applicable à l'hébergement (*infra*, n°10), la connaissance effective ne porte que sur un fait, décliné en deux hypothèses : (i) l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou (ii) une autorité administrative ou judiciaire a ordonné de retirer l'information ou de rendre son accès impossible – même si elle n'a pas encore été retirée du réseau.

10. Exigences spécifiques à l'activité d'hébergement. Lorsque l'activité d'un prestataire intermédiaire peut être qualifiée d'hébergement, celui-ci ne peut bénéficier de l'exonération de responsabilité pour les informations qu'il stocke que dans l'une ou l'autre des hypothèses visées par la loi.

Soit, et c'est le premier cas de figure, il n'a pas « une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, [il n'a pas] connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information ». Dans ce cas, il bénéficie de l'exonération de responsabilité. Une distinction est ainsi faite entre une action pénale (connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite) ou civile (connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite). On regrette qu'en droit belge, aucune procédure spécifique (de type *notice and take down*) ne soit légalement prévue pour organiser la notification de l'illicéité par la victime et encadrer le comportement attendu du prestataire dans cette hypothèse.

Soit, et c'est le second cas de figure, le prestataire a une telle connaissance. Pour conserver

le bénéfice de l'exonération, il doit alors agir « promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible », dans le respect de la procédure visée à l'article XII.19, §3, du Code de droit économique.

Cette procédure prévoit ce qui suit. D'une part, le prestataire doit communiquer sur le champ au procureur du Roi l'activité ou l'information illicite dont il a connaissance. Le magistrat est alors tenu de prendre les mesures utiles conformément à l'article 39bis du Code d'instruction criminelle. D'autre part, il est expressément indiqué qu'« aussi longtemps que le procureur du Roi n'a pris aucune décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents stockés dans un système informatique, le prestataire peut uniquement prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations ». Autrement dit, le prestataire ne peut pas supprimer les données avec effet définitif, pour permettre, le cas échéant, le retour au *statu quo ante*.

Dès l'adoption de la directive, le régime prévu par cette disposition a constitué une véritable bouteille à encre³². On s'est notamment interrogé sur l'acception des notions d'illicéité, de « connaissance effective » ou de « retrait prompt des informations ». Il est heureux de constater que les autorités européennes ont pris la mesure des difficultés notamment posées par cette disposition et des enjeux qu'elle peut représenter pour la société dans son ensemble. En ce sens, la recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne³³ est intéressante – même si on regrette le caractère peu contraignant de l'instrument.

IV. Absence d'obligation générale de surveillance et obligation de collaboration des prestataires intermédiaires

11. Absence d'obligation « générale » de surveillance. Conformément à l'article XII.20, §1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code de droit économique, « pour la fourniture des services visés aux articles XII.17, XII.18 et XII.19, les prestataires 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 ».

S'agissant de prestataires « intermédiaires » qui sont amenés à transmettre ou stocker un volume

considérable de données, il était heureux que ce principe soit consacré par la loi. Outre qu'on peut douter de l'efficacité de tels contrôles systématiques et de leur mise en œuvre à des coûts raisonnables, on prenait le risque de voir les prestataires procéder à des actes de censure préventive afin d'éviter de voir leur responsabilité engagée. Rien n'empêche cependant que, dans le respect des règles de protection de la vie privée et du secret des affaires, les prestataires procèdent d'initiative à des contrôles. Des outils peuvent également être mis à la disposition des utilisateurs pour leur permettre de signaler des contenus illicites et permettre ainsi ensuite aux prestataires concernés de prendre les mesures qui s'imposent.

12. Obligation « particulière » de surveillance. L'absence d'obligation générale de surveillance est notamment compensée par l'instauration d'une obligation particulière de surveillance. L'article XII.20, §1^{er}, alinéa 2, du C.D.E., dispose en effet que « le principe énoncé à l'alinéa 1^{er} ne vaut que pour les obligations à caractère général. Il n'empêche pas les autorités judiciaires compétentes d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi ».

Cette obligation peut par exemple se fonder sur les articles 39bis et suivants (compétences du procureur du Roi) ou 88bis et suivants (compétences du juge d'instruction) du Code d'instruction criminelle. Deux éléments limitent clairement l'obligation susceptible d'être imposée aux intermédiaires : son caractère temporaire et le cas spécifique dans lequel elle est imposée. Il s'agira par exemple de surveiller l'activité d'un participant à un forum de discussion ou à un réseau social, voire un site web spécifique, à travers lequel on soupçonnerait la commission d'actes illicites.

13. Obligation de collaboration des prestataires intermédiaires. Pour « contrebalancer » l'absence d'obligation générale de surveillance³⁴, la loi exige des prestataires qu'ils collaborent avec les autorités judiciaires ou administratives compétentes.

Cette obligation de collaboration est prévue à l'article XII.20, §2, du Code de droit économique, 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 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}) et la collaboration réalisée à la demande des autorités judiciaires ou administratives compétentes (alinéa 2).

Dans cette dernière hypothèse, la question s'est posée de savoir si lesdites informations doivent être réservées aux autorités judiciaires 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 judiciaire. Le 16 juin 2011, la Cour de cassation 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 réparation³⁵.

En cas de refus de collaboration conformément à l'article XII.20, §1^{er}, alinéa 2, ou à l'article XII.20, §2, du Code de droit économique, le prestataire est passible d'une sanction de niveau 3 (amende pénale de 26.000 à 25.000 euros³⁶)³⁷.

14. Injonctions susceptibles d'être prononcées à l'égard du prestataire. Suivant le considérant n°45 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, « les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

En pratique, il n'est en effet pas rare que la victime d'actes illicites décide d'opter pour une action en cessation – dans le cadre d'une procédure comme en référé³⁸ – visant à mettre fin à la pratique, plutôt qu'engager une procédure au fond traditionnelle dans le but d'engager la responsabilité du prestataire intermédiaire et

- 29 C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14 EU:C:2016:689, points 66 et s.
- 30 C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689, points 62 et s.
- 31 C.D.E., art. XII.18.
- 32 Voy. notamment les réflexions de E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », in J.-L. FAGNART, *Responsabilités. Traités théorique et pratique*, Bruxelles, Kluwer, Dossier 26ter, 2004, pp. 24 et s. ou de Th. LÉONARD, « Les réseaux sociaux face à l'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'Internet : une application délicate », *op. cit.*, pp. 130 et s.
- 33 Recommandation de la Commission du 1^{er} mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, COM(2018) 1177 final, 1^{er} mars 2018.
- 34 Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch., 2002-2003, n°2100/001, p. 10.
- 35 Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 2011, *R.D.T.I.*, 2012/47, p. 69, note H. JACQUEMIN.
- 36 C.D.E., art. XV.70. Le montant doit être augmenté des décimes additionnels.
- 37 C.D.E., art. XV.118, 3^o.
- 38 C.D.E., art. XVII.1 et s.
- 39 À cet égard, voy. A. CRUQUENAIRE et E. LECROART, « Les responsabilités liées à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle – panorama des principales dispositions régissant la matière », *Responsabilités et numérique*, coll. du Jeune Barreau de Namur, Limal, Anthemis, 2018, pp. 151 et s.
- 40 Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.U.E.*, L 67, 22 juin 2001.

d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi. En droit belge, devant le juge des cessations, il ne saurait être question de postuler la réparation du préjudice : le président du tribunal de l'entreprise – ou du tribunal de première instance, le cas échéant – peut uniquement ordonner la cessation de la pratique. Aussi, le régime d'exonération de responsabilité exposé au point III de la présente contribution ne sera-t-il pas mobilisé.

La pratique litigieuse donnant généralement lieu à la violation des droits de propriété intellectuelle d'un tiers, les dispositions applicables en la matière seront par ailleurs invoquées³⁹. Il s'agit plus précisément des règles du livre XI du Code de droit économique ou, devant la Cour de justice, des directives 2001/29/CE⁴⁰ et 2004/48/CE⁴¹. D'un point de vue procédural, on rappellera les termes de l'article XVII.14, §4, du Code de droit économique, applicable aux actions en cessation en cas d'atteinte à un droit de propriété intellectuelle, qui autorise le président du tribunal de l'entreprise à « rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit visé aux paragraphes 1 à 3 »⁴².

Dans ce contexte, les juridictions saisies⁴³ ont eu l'occasion d'apprécier la conformité des mesures demandées – en général des mesures de filtrage ou de blocage des contenus – à l'aune de l'absence d'obligation générale de surveillance⁴⁴, tout en veillant à assurer un juste équilibre entre les droits fondamentaux en jeu. Il s'agira généralement des droits de propriété intellectuelle des ayants droit⁴⁵, à mettre en balance avec la liberté d'entreprise du prestataire intermédiaire⁴⁶, la liberté d'information de ses clients⁴⁷ ainsi que, le cas échéant, leur droit à la vie privée⁴⁸.

Conclusion

15. Qui doit supporter le risque ? Le régime d'exonération de responsabilités civile et pénale des articles XII.17 à XII.19, du Code de droit économique, est en faveur des prestataires intermédiaires dans la mesure où, dès lors que les conditions d'application sont réunies, ceux-ci peuvent en bénéficier pour les activités concernées. Dans ce cas, le risque repose sur les victimes des actes illicites : elles perdent en effet la possibilité d'obtenir réparation, de la part d'un débiteur identifié et généralement solvable.

Normalement, ce risque est moindre lorsque l'exonération de responsabilité ne peut pas être invoquée : la victime peut alors s'adresser aux prestataires intermédiaires pour obtenir la réparation de son préjudice, pour autant que les exigences propres aux régimes de responsabilité civile ou pénale sont satisfaites.

Cette allocation du risque était justifiée en 2000, pour les activités visées lors de l'adoption de la directive sur le commerce électronique : le prestataire était effectivement un intermédiaire neutre et passif. Sans doute est-elle plus discutable depuis le web 2.0 et à mesure que certains services – réseaux sociaux, partage de contenus, plateformes de commerce électronique, etc. – gagnent en importance, notamment sur le plan économique. C'est probablement pour cette raison qu'en jurisprudence, les principales discussions ont lieu sur le terrain de l'application, ou pas, des régimes concernés.

C'est également aux cours et tribunaux qu'il incombe de faire preuve d'équité en répondant aux demandes d'injonctions, spécialement pour imposer des mesures de blocage ou de filtrage. Le critère de proportionnalité est à cet égard capital.

Hervé JACQUEMIN

Chargé de cours à l'Université de Namur (Centre de recherche Information Droit et Société – CRIDS, membre du NADI)
Avocat au barreau de Bruxelles

41 Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *J.O.U.E.*, L 157, 30 avril 2004.

42 Sur la notion d'intermédiaire au sens de cette législation, voy. K. ROCHEREUIL, « La notion d'intermédiaire dans la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle », *J.D.E.*, 2018, pp. 38 et s.

43 C.J., arrêt *Scarlet Extended c. SABAM*, 24 novembre 2011, C-70/10, EU:C:2011:771 ; C.J. (gde ch.), arrêt *L'Oréal e.a. c. eBay e.a.*, 12 juillet 2011, C-324/09, EU:C:2011:474 ; C.J., arrêt *U.P.C. Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, 27 mars 2014, C-314/12, EU:C:2014:192 ; C.J., arrêt *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, 15 septembre 2016, C-484/14, EU:C:2016:689.

44 C.D.E., art. XII.20, §1^{er}, al. 1^{er}.

45 Ch. dr. fond. UE, art. 17.

46 Ch. dr. fond. UE, art. 16.

47 Ch. dr. fond. UE, art. 11.

48 Ch. dr. fond. UE, art. 7-8.