

Les hébergeurs de sites web : victimes ou régulateurs de la société de l'information?

Christophe VERDURE¹

I. Prolégomènes²

L'avènement d'Internet au XX^e siècle a complètement révolutionné notre société. Il a provoqué un bouleversement social, culturel, économique et politique sans précédent. L'évolution fulgurante, que ce nouveau média a connue depuis son apparition, en a fait la matrice de notre société de l'information. Internet constitue une toile dynamique en perpétuelle expansion où interagissent des millions d'individus, tous acteurs potentiels de nos marchés mondialisés de biens et de services.

Présent dans d'innombrables secteurs, Internet a permis une diffusion d'informations en masse de par le monde et a induit la création ainsi que l'universalisation de nouveaux marchés, grâce aux liens inédits qu'il tisse entre tous les protagonistes de notre société.

Cependant, les dérives possibles³ liées à l'exploitation de cette nouvelle technologie représentent un enjeu majeur. C'est pourquoi les autorités publiques ont entendu réguler son développement et son utilisation. La topologie singulière d'Internet empêche toutefois que lui soient transposées *mutatis mutandis* les solutions juridiques applicables aux médias traditionnels⁴. Suivant, parfois tant bien que mal, l'essor rapide du progrès technique, le droit s'est dès lors attaché tant à assurer une certaine sécurité juridique qu'à appor-

¹ Avocat au barreau de Namur, chercheur associé au Centre de droit de la consommation, U.C.L.

² L'auteur tient à remercier Hervé Jacquemin, chercheur au C.R.I.D. (F.U.N.D.P.) et Stéphanie Mahieu, chercheur au Centre de droit de la consommation (U.C.L.) pour leurs conseils avisés.

³ Notons qu'Internet a connu de nombreuses dérives. Parmi celles-ci, relevons notamment : 1) La vente aux enchères, en ligne, d'objets à caractère révisionniste, voy. «French court orders Yahoo! to end Nazi auctions», *International Internet Law Review*, déc. 2000/janv. 2001, pp. 3 et s.; de même que l'écho qui en est donné par M. WESTRADE, observations sous Metz, 27 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, pp. 28 et s.; 2) la publication de propos racistes sur des forums, voy. Corr. Bruxelles (55^e ch.), 15 janvier 2002, *Rev. Ubiquité*, 2002, p. 73, note P. VALCKE et C. UYTENDAELE; E. WÉRY, «Internet hors-la-loi? – Description et introduction à la responsabilité des acteurs du réseau», *J.T.*, 1997, pp. 417 et s.

⁴ Pour une analyse des mécanismes de responsabilité civile applicables aux médias traditionnels, voy. E. MONTERO, «La responsabilité civile des médias» in A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Prévention et réparation des préjudices causés par les médias*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 93 et s.

ter des solutions dans des domaines importants et variés, tels que ceux relatifs à la signature électronique⁵ et au *peer to peer*⁶.

L'apport de solutions légales s'est révélé essentiel afin d'éviter le développement anarchique d'Internet et sa mutation en un *no law's land*. En filigrane, il convenait de renforcer substantiellement la confiance des consommateurs, lesquels sont entendus dans un sens large, à savoir tout utilisateur d'Internet, notamment à l'égard des potentialités énormes qu'offre le commerce électronique⁷. Clarifier les droits et les obligations de chacun en ce domaine a ainsi constitué une avancée importante dans les rapports entre les consommateurs et les professionnels œuvrant dans le monde virtuel.

Cette idée sous-jacente a contribué au façonnement d'une législation centrale : la directive européenne 2000/31/CE, relative à certains aspects de la société de l'information et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur⁸. L'adoption de cette législation européenne fait notamment suite aux problèmes juridiques qui ont été soulevés par divers litiges intentés contre les prestataires intermédiaires en général et contre les hébergeurs de sites web en particulier. Concernant ces derniers, l'affaire française *Altern.org*⁹ est particulièrement emblématique. En effet, ce procès a mené à la condamna-

⁵ Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000; voy. not. M. ANTOINE et D. GOBERT, «La directive européenne sur la signature électronique. Vers la sécurisation des transactions sur l'Internet?», *J.T.D.E.*, 2000, pp. 73 et s.; D. GOBERT et E. MONTERO, «La signature dans les contrats et les paiements électroniques : l'approche fonctionnelle», in *Commerce électronique : le temps des certitudes*, Cahiers du C.R.I.D., n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 53 et s.

⁶ Le *peer to peer* fait référence dans ce contexte à une technologie d'échange de fichiers via Internet entre internautes, communiquant directement, sans passer par un serveur central. Voy. sur le sujet, Y. COOL et E. MONTERO, «Le *peer to peer* en sursis?», *R.D.T.I.*, n° 21, 2005, pp. 93 et s.; I. SCHMITZ, «Le *peer to peer* ou le réveil de Robin des bois», *J.T.*, 2005, pp. 157 et s.

⁷ E. BARBRY, «Le droit du commerce électronique : de la protection ... à la confiance», *D.I.T.*, 1998/2, pp. 14 et s.

⁸ Directive (CE) n° 2000/31 du Parlement 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, («Directive sur le commerce électronique»), *J.O. L 178* du 17 juillet 2000, p. 1. L'adoption de cette directive européenne a ainsi entendu dépasser une ambivalence apparente, dans la mesure où il était «nécessaire d'une part de mettre en place des restrictions légales en matière de commerce électronique, mais de créer d'autre part, à l'intention des utilisateurs potentiels des services du commerce électronique (consommateurs, mais également entreprises), les conditions d'une confiance dans ce type de commerce» (avis du comité économique et social sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, *J.O. C 169* du 16 juin 1999, p. 36).

Voy. le 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 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, COM(2003) 702 final, 21 novembre 2003.

⁹ Voy. E. MONTERO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet», *Rev. Ubiquité*, 2000, p. 113.

tion au paiement de dommages et intérêts, du créateur du site Web Altern.org, pour la publication sans autorisation, sur un des sites qu'il hébergeait, de photos d'une personnalité¹⁰.

Ce litige a étalé au grand jour certaines carences juridiques existant dans le domaine de l'Internet, tout en suscitant nombres d'interrogations quant au régime de responsabilité applicable aux hébergeurs de sites et son implication sur la liberté d'expression des individus. Ceci, notamment face au risque de censure préventive qui serait effectuée par les hébergeurs quant au contenu des informations publiées sur les sites qu'ils hébergent, afin d'éviter une éventuelle condamnation judiciaire.

Ainsi, à l'instar des consommateurs, les professionnels de l'Internet – et principalement les prestataires intermédiaires tels que les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de sites – aspiraient également à une plus grande sécurité juridique.

Tous les protagonistes du Web, des consommateurs aux professionnels d'Internet, ont donc accueilli avec un certain enthousiasme cette réglementation européenne qu'est la directive 2000/31/CE et, partant, la loi belge qui l'a transposée¹¹. L'adoption de cette législation met en exergue différentes questions : dans quelle mesure les intérêts des consommateurs et des professionnels de l'Internet peuvent-ils converger ? Comment sont-ils conciliés ? L'entrée en vigueur de la directive a-t-elle amené le contentieux ? Les solutions qu'elle propose sont-elles adéquates ? Sa mise en œuvre est-elle réalisable ? Autant de questions que nous entendons aborder dans le cadre de notre réflexion.

Dans un premier temps, nous nous intéresserons aux relations complexes entre les consommateurs et les intermédiaires de l'Internet (II). Leurs positions et leurs intérêts semblent, en effet, *a priori* divergents. Pour appréhender cette question, il convient tout d'abord d'examiner le rôle des prestataires techniques. Parmi ceux-ci, l'hébergeur de sites est celui qui dispose de la position la plus proche à l'égard des consommateurs. Il est ainsi

¹⁰ Altern.org était un hébergeur de sites web qui accueillait gratuitement des sites sur son serveur. Lors du procès, Altern.org hébergeait quelques 47 634 sites, parmi lesquels Silversurfer, lequel présentait des photos de personnalités françaises, dont plusieurs d'Estelle Hallyday et ce, sans autorisation de celle-ci. Voy. A. LIVORY et C. BOURGEOIS, «Éléments de réflexion sur la responsabilité du fournisseur d'hébergement (affaire *Estelle Hallyday c. Altern*)», *D.I.T.*, 1999/3, pp. 116 et s.; Th. VERBIEST et E. WÉRY, «La responsabilité des fournisseurs de services Internet : derniers développements jurisprudentiels», *J.T.*, 2001, pp. 165 et s.

¹¹ La transposition en droit belge a été réalisée par deux lois : 1) Loi du 11 mars 2003, sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, *M.B.*, 17 mars 2002, p. 12960, ci-après «la loi article 77»; 2) Loi du 11 mars 2003, sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2002, p. 12962, ci-après «la loi du 11 mars 2003». A l'origine, ces deux lois formaient un seul et même projet, lequel a été scindé par la commission «de l'économie, de la politique scientifique, de l'éducation, des institutions scientifiques et culturelles nationales, des classes moyennes et de l'agriculture», *Doc. parl.*, Ch., sess. ord., 2002-2003, nos 2100/004 et 2100/005.

souvent le seul point de contact dont dispose un utilisateur, dans le cadre d'un procès, lorsque l'auteur d'un site litigieux ne peut être identifié.

Ceci nous amènera, dans un deuxième temps, à analyser les actions dont les consommateurs disposent vis-à-vis de l'hébergeur lorsqu'ils sont préjudiciés. Il existe principalement deux types de recours : la mise en œuvre des règles de responsabilité édictées par la directive européenne et par la loi belge qui la transpose (III), et leurs corollaires que sont les actions en cessation qui tendent à rencontrer les contingences de célérité propres aux litiges relatifs à Internet (IV).

Nous achèverons notre réflexion par des remarques conclusives relatives au dépassement de l'ambivalence apparente que nous avons identifiée dans le cadre des rapports entre les utilisateurs et les hébergeurs. A cet égard, de l'examen du cadre juridique transparait l'émergence d'une convergence progressive d'intérêt par laquelle, d'une part, les consommateurs voient leurs droits garantis et, d'autre part, les professionnels d'Internet bénéficient d'un cadre plus précis d'action en vue d'éviter les affres de procédures judiciaires.

Dans cette perspective, il conviendra aussi de s'interroger sur le nouveau rôle affecté aux hébergeurs de sites web sous l'impulsion des développements législatifs et jurisprudentiels récents : doivent-ils être considérés comme des victimes de notre société de l'information ou sont-ils devenus de véritables régulateurs de celle-ci, compte tenu du rôle qui leur est assigné?

II. Les prestataires techniques

Internet est constitué d'un ensemble d'ordinateurs interconnectés. Ainsi, lorsqu'un internaute consulte un site web, il transite par divers prestataires intermédiaires. Ceux-ci sont définis par la loi du 11 mars 2003 comme «toute personne physique qui fournit un service de la société de l'information»¹², ledit service étant «presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service»¹³.

Les principaux prestataires intervenant sur le plan technique¹⁴ sont le fournisseur d'infrastructure, le fournisseur d'accès et l'hébergeur de sites. Le fournisseur d'infrastructure, également appelé «opérateur de télécommunication», correspond à des «sociétés de télécommunications et les câblodistributeurs qui permettent le transport matériel des

¹² Article 1, 3°, de la loi du 11 mars 2003.

¹³ Article 1, 1°, de la loi du 11 mars 2003.

¹⁴ Pour une analyse des différents acteurs de l'Internet et leurs interactions, voy. O. HANCE, *Business et droit d'internet*, Bruxelles, Best of Editions, 1996, pp. 190 et s.

informations sur le réseau»¹⁵. Son rôle est très éloigné des problématiques de l'Internet et n'a pas davantage été précisé par la jurisprudence, étant donné la quasi-absence de procédure judiciaire intentée à son encontre.

Le fournisseur d'accès, quant à lui, a un contact direct avec le consommateur¹⁶. Sa mission principale¹⁷ est d'offrir à ce dernier un accès à Internet. Il établit ainsi la connexion qui permettra d'utiliser les divers services du web¹⁸.

Enfin, plus proche encore de l'utilisateur, l'hébergeur de sites. Il constitue une interface entre les informations et l'internaute. Son rôle est primordial : sans sites web, tout un pan¹⁹ de la diffusion des informations serait inexistant. Ces sites web sont accessibles aux internautes, via leur hébergement sur un serveur²⁰. Les personnes physiques ou morales qui offrent d'héberger des sites – contre rémunération ou gratuitement²¹ – sont appelées des hébergeurs.

Plus prosaïquement, l'hébergeur offre la « fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service »²². Cette définition n'implique toutefois pas que l'espace serveur destiné au stockage appartienne à l'intermédiaire²³. Cela peut se concevoir pour des sociétés sous-traitant le stockage des sites qu'elles doivent héberger. Selon F. DE PATOUL et I. VERECKEN pourrait

¹⁵ Th. VERBIEST, «Quelle responsabilité pour les acteurs de l'Internet?», *L'Écho*, 21 janvier 1999, <http://www.juriscom.net/>.

¹⁶ Ch. FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit – Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 1^{re} éd., Dalloz, Paris, Dunod, 1999, pp. 107 et s.

¹⁷ Dans un arrêt du 4 février 2005 (R.G. n° 04/20259), la cour d'appel de Paris a défini de manière extensive la notion de fournisseur d'accès. A ainsi été réputée comme tel, la banque BNP Paribas étant donné qu'elle offre à ses employés «matériellement accès au réseau, même de façon accessoire à son activité principale» (Th. VERBIEST et P. REYNAUD, «BNP Paribas est un fournisseur d'accès!» <http://www.droit-technologie.org/>; L. GRYNBAUM, «BNP Paribas qualifiée de prestataire technique de l'Internet», *Comm. com. Electr.*, avril 2005, p. 34).

¹⁸ Internet regorge de services très divers, tels la navigation sur les sites web, le courrier électronique, le «ftp» et les serveurs de «news».

¹⁹ Les sites Internet constituent le mode le plus courant de la diffusion d'informations, mais nous pouvons également relever les BBS (Bulletin Boards Service), les *mailing lists* et les flux RSS.

²⁰ Le terme «serveur» désigne un ordinateur connecté à Internet et spécialement configuré pour mettre à disposition des utilisateurs un ensemble de fichiers et applications qu'il renferme.

²¹ Le but de lucre n'est pas une condition pour qu'un intermédiaire soit qualifié d'hébergeur. Cette affirmation se déduit *a contrario* de l'article 1, 1^o, de la loi du 11 mars 2003 («normalement contre rémunération»); voy. à cet égard l'article 6, I, 2 de la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (*J.O.*, 22 juin 2004, n° 143, p. 11168) lequel définit les hébergeurs comme «les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services».

²² Article 14, § 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003.

²³ F. DE PATOUL et I. VERECKEN, «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet : première application de la loi belge», note sous Cass. (2^e ch.), 3 février 2004, *R.D.T.I.*, 2004, p. 58.

également être inséré dans cette définition le fait de mettre à disposition «un espace particulier au sein d'un site web par son titulaire. Dans ce cas, le titulaire du site sera considéré comme hébergeur et ce, même si son site n'est pas stocké sur son propre serveur»²⁴.

Parmi les principaux intermédiaires ainsi décrits, la position de l'hébergeur apparaît quelque peu particulière, principalement à trois niveaux. Tout d'abord, tandis que le fournisseur d'infrastructure et le fournisseur d'accès agissent généralement en amont d'Internet (ils assurent en effet la connexion) et bénéficient à ce titre d'un régime juridique bien plus favorable dans la législation, l'hébergeur se situe, quant à lui, davantage en aval. Ce n'est qu'à partir d'une connexion que l'utilisateur peut accéder aux sites web.

Ensuite, l'hébergeur bénéficie d'une visibilité accrue. Ainsi, de nombreux sites hébergés gracieusement doivent supporter, en contrepartie, des bannières publicitaires²⁵ vantant, par exemple, les services de l'hébergeur.

Enfin, cette même visibilité a, en revanche, été source d'une mise en cause accrue dans diverses procédures judiciaires. Non pas que les griefs visent directement l'hébergeur, mais bien parce que celui-ci constitue souvent le seul interlocuteur disponible. Il en était ainsi notamment dans l'affaire *Altern.org*, où l'auteur du site n'était pas identifiable²⁶. Cette problématique touche à la question centrale des obligations incombant à l'hébergeur lorsqu'il a connaissance d'informations relatives au contenu illicite d'un site hébergé (voy. *infra*).

Toutefois, dans la pratique, il est fréquent qu'un même prestataire cumule plusieurs fonctions. De nombreux fournisseurs d'accès sont également hébergeurs. Dès lors, il aurait été possible qu'un fournisseur d'accès, réalisant une activité d'hébergement à titre accessoire et inquiété à ce titre, se retranche derrière la catégorie de fournisseur d'accès qui bénéficie d'un régime de responsabilité plus avantageux.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Celles-ci prennent souvent la forme de fenêtres *pop-up* ou d'images devant obligatoirement être présentes sur la page d'accueil (au minimum) du site hébergé.

²⁶ Plus récemment, l'hébergeur Tiscali fut poursuivi car l'auteur d'un site, qu'il hébergeait, donnait l'accès à des bandes dessinées scannées et n'était pas identifiable : «Les sociétés requérantes reprochent par ailleurs à la société Tiscali Média d'avoir violé les dispositions de l'article 43-9 de la loi du 1^{er} août 2000 selon lesquelles "les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 sont tenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services dont elles sont prestataires", et il est indéniable, et au demeurant non contesté, que les coordonnées déclarées de l'auteur du site contrefaisant : Nom : Bande; Prénom : Dessinée; Date de naissance : 25/03/1980; Adresse : rue de la BD; Code postal : 1000; Ville : Bruxelles; Adresse *email* de confirmation : pitbull-team@hotmail.com ne sont pas de nature à permettre l'identification de l'auteur du site litigieux»; T.G.I. Paris (3^e ch.), 16 février 2005, <http://www.legalis.net/jnet/>.

Pour éviter une telle situation, le critère retenu est celui de l'activité effectivement réalisée²⁷. Ainsi, toute entité réalisant un hébergement, qu'il s'agisse de son activité principale ou d'une activité accessoire, est automatiquement considérée comme hébergeur. La qualification de l'intermédiaire aura alors une incidence sur le régime de responsabilité qui lui sera applicable (voy., sur le sujet, le III ci-après).

III. La responsabilité des prestataires d'hébergement

A. L'activité d'hébergement

Les prestataires intermédiaires occupent une place centrale dans le développement d'Internet. Nous avons souligné, à cet égard, le rôle particulier de l'hébergeur. Celui-ci occupe une position délicate et complexe. Il doit, en effet, ménager sa responsabilité tant sur le plan contractuel (vis-à-vis de son cocontractant dans le cadre du contrat d'hébergement)²⁸ qu'extracontractuel (vis-à-vis des tiers)²⁹.

Le législateur européen – et belge – a organisé un régime de responsabilité basé sur le type d'activités et privilégiant une approche horizontale³⁰ c'est-à-dire s'appliquant tant en matière civile que pénale. Ainsi, dès lors qu'une activité d'hébergement est effectuée, même à titre accessoire, la responsabilité du prestataire peut être mise en cause en tant qu'hébergeur.

Le principe de la primauté de l'activité implique également qu'une activité d'apparence technique pourrait constituer une «activité de production ou d'édition de contenu, en fonction du comportement du prestataire concerné ou de certains engagements contractuels souscrits par lui»³¹, et non une activité d'hébergement. Dans cette hypothèse, l'hébergeur sortirait de sa mission d'intermédiaire technique et serait soumis au droit commun de la responsabilité si les conditions d'application sont réunies³².

La Cour de cassation a ainsi décidé, dans un arrêt du 3 février 2004³³, que le fait pour un hébergeur d'être «impliqué dans la publication d'hyperliens» sur son site web, «sous son

²⁷ A. PILETTE, «La directive "commerce électronique" : un bref commentaire», *A.&M.*, 2001, p. 39. Ce principe se retrouve au considérant n°42 de la directive sur le commerce électronique.

²⁸ Voy. sur les contrats d'hébergement : E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'Internet*, Bruxelles, Larcier, 2005.

²⁹ K. BODARD, «Aansprakelijkheid van ISP's : noodzaak tot regulering! De Europese Unie zet de lidstaten op het spoor, maar is dit voldoende?», *A.J.T.*, 2001-2002, p. 403.

³⁰ E. MONTERO et H. JACQUEMIN, «La responsabilité civile des médias», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, Livre 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, n° 191.

³¹ *Ibid.*, n° 189.

³² *Ibid.*, n° 193.

³³ Cass. (2^e ch.), 3 février 2004, *R.D.T.I.*, 2004, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VEREECKEN.

contrôle et sans qu'il l'ignore», ne lui permettait pas de bénéficier du régime de responsabilité de la loi du 11 mars 2003 qui, contrairement au droit commun de la responsabilité, se fonde sur un principe de non-responsabilité³⁴.

Prévu à l'article 20 de la loi du 11 mars 2003, ce régime s'applique à l'activité d'hébergement et se distingue de celui des autres activités visées. En effet, tandis que les activités de simple transmission d'informations (*mere conduit*)³⁵ bénéficient d'une exonération générale de responsabilité³⁶, moyennant certaines conditions, l'hébergeur se voit, quant à lui, partiellement exempté, à l'instar du prestataire réalisant un stockage d'informations sous forme de *caching*³⁷.

B. Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité

L'article 20 de la loi du 11 mars 2003, lequel transpose l'article 14 de la directive 2000/31/CE, organise le système de responsabilité applicable aux hébergeurs. Cette disposition n'est applicable que si diverses conditions sont remplies. A défaut, le droit commun de la responsabilité sera d'application.

Une première condition impose que l'hébergeur soit resté cantonné dans son rôle d'intermédiaire. L'hébergement doit être «effectué à la demande d'un client, c'est-à-dire en cas de contenu placé sur ses serveurs en dehors de la volonté de l'intermédiaire»³⁸. Si le destinataire de l'hébergement agit sous l'autorité ou le contrôle de l'hébergeur, l'activité de ce dernier ne pourra entrer dans le champ d'application de la loi³⁹.

Cette condition liminaire remplie, le régime de responsabilité en tant que tel peut trouver à s'appliquer. Celui-ci prévoit que l'hébergeur n'est pas réputé responsable des informa-

³⁴ «Cette manière d'appréhender le problème n'allait pas de soi. En effet, aurait pu lui être substituée une responsabilité de principe associée à des exclusions de responsabilité. Ou encore la création d'un régime spécifique tel qu'il existe dans certains domaines tel le droit de la presse», in C. ROJINSKY, «L'approche communautaire de la responsabilité des acteurs de l'Internet», *Expertises*, 2000, n° 241, p. 297. Ce régime de responsabilité s'inspire notamment de la loi allemande du 22 juillet 1997, *Teledienstgesetz* (TGD) du 22 juillet 1997, *BGBI.* I S. 1870, en vigueur au 1^{er} août 1997, <http://www.juris.de/>; voy. Th. HOEREN, «Liability in the Internet and the new German multimedia law regulations», *A.&M.*, 1998, p. 309; M. LAVANCHY, «La responsabilité délictuelle sur Internet en droit suisse», thèse de licence, p. 27, <http://www.droit-technologie.org/>.

³⁵ Sont principalement visés par cette activité, le fournisseur d'infrastructure et le fournisseur d'accès.

³⁶ A. PILETTE, *op. cit.*, p. 39.

³⁷ Le *caching* est une technique consistant à stocker de manière automatique, intermédiaire et temporaire une information dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de ladite information; voy. l'article 19 de la loi du 11 mars 2003; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, n°s 190 et 202.

³⁸ 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. 143.

³⁹ Article 20, § 2, de la loi du 11 mars 2003; voy. *supra*, Cass., 2^e ch., 3 février 2004, *R.D.T.I.*, 2004, p. 51, note F. DE PATOUL et I. VERECKEN.

tions qu'il a stockées à la demande d'un client à la condition qu'il n'en ait pas eu connaissance.

À l'inverse, si l'hébergeur a cette connaissance, il ne bénéficiera de l'exonération que s'il a agi promptement, pour «retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au §3»⁴⁰.

La connaissance des informations constitue ainsi la pierre angulaire du régime mis en place. Cette notion est toutefois à géométrie variable. Sur le plan pénal, l'hébergeur doit avoir une connaissance *effective* de l'activité ou de l'information illicite⁴¹, tandis qu'une simple connaissance *circonstanciée*⁴² suffirait sur le plan civil, c'est-à-dire une connaissance de faits ou circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information⁴³. Le degré de connaissance pour engager la responsabilité civile peut dès lors résulter «d'une notification moins formelle (...), ou naître de circonstances autres que la notification»⁴⁴.

À ce stade, deux conditions cumulatives doivent donc être remplies pour pouvoir mettre en cause la responsabilité de l'hébergeur : ce dernier doit avoir une connaissance d'activités illicites et ne pas avoir agi promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

L'exposé des motifs de la loi belge rajoute une troisième condition à la responsabilité de l'hébergeur : le contenu doit être «manifestement illicite (révisionniste, pédophile, incontestablement outrageant...)»⁴⁵.

En outre, la loi prévoit en son article 20, §3, que l'hébergeur doit communiquer au procureur du Roi les informations illicites dès qu'il en a connaissance («sur-le-champ»). Le procureur du Roi prend alors les mesures utiles, conformément à l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle⁴⁶. Il pourrait ainsi être demandé à l'hébergeur de fournir les informations pertinentes permettant d'identifier les destinataires des services avec lesquels il a conclu un accord d'hébergement (voy. *infra*, C)⁴⁷.

Lorsque ces informations ont été transmises au procureur du Roi, l'hébergeur peut prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations litigieuses. En pratique, cela

⁴⁰ Article 20, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 11 mars 2003.

⁴¹ Article 20, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 11 mars 2003.

⁴² A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *op. cit.*, p. 144.

⁴³ Article 20, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 11 mars 2003.

⁴⁴ Exposé des motifs, p. 48.

⁴⁵ E. MONTERO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux» in *Le commerce électronique européen sur les rails? – Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du C.R.I.D., n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 291.

⁴⁶ Article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003.

⁴⁷ Article 20, § 2, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003.

consistera à supprimer l'accès à l'adresse IP⁴⁸ du site. Ses prérogatives ne peuvent pas s'étendre pas au-delà de ce prescrit. En effet, il lui est interdit de poser d'autres actes «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»⁴⁹.

C. L'obligation de collaboration

Parallèlement à ce régime de responsabilité, les hébergeurs ont une obligation de collaboration avec les autorités judiciaires. Toutefois, cette contrainte n'équivaut pas à leur imposer une obligation générale et absolue de surveillance (visant principalement le contenu du site)⁵⁰.

En effet, l'article 15 de la directive 2000/31/CE prévoit explicitement l'absence d'obligation générale de surveillance. Les considérants 47 et 48 de cette législation européenne apportent toutefois un bémol à ce principe en permettant, dans certaines hypothèses, aux autorités nationales de requérir le concours de l'hébergeur.

L'article 21 de la loi belge a tenu compte de ces éléments lors de la transposition de cet article en droit national. Une distinction est ainsi opérée entre une surveillance *a priori* (point 1) et une collaboration *a posteriori* (point 2).

1. La surveillance *a priori*

La législation belge ne prévoit aucune obligation générale de surveillance des informations transmises ou stockées. Elle n'impose pas davantage à l'hébergeur d'obligation de recherche active des faits ou des circonstances révélant des activités illicites⁵¹. Cette solution est d'autant plus louable qu'il est fréquent que les hébergeurs accueillent sur leur serveur plusieurs milliers de sites. Dans ces conditions, il leur est difficile de prendre connaissance de la totalité de leur contenu, ceci d'autant plus que l'hébergement peut s'opérer par voie électronique sans contact direct⁵² entre l'hébergeur et le concepteur du site.

⁴⁸ L'adresse IP (Internet Protocol) est composée d'une série de 4 nombres séparés par un point, chacun de nombres étant compris entre 0 et 255. Elle permet l'identification de tout ordinateur (personnel ou serveur) qui est connecté à Internet.

⁴⁹ Article 20, § 3, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003. Voy. à propos d'un fournisseur d'accès, la possibilité reconnue par la jurisprudence de rompre ce principe et sa critique : Y. COOL et E. MONTERO, «Le "peer-to-peer" en sursis?», *R.D.T.L.*, n° 21, 2005, pp. 93 et s.

⁵⁰ E. MONTERO, *op. cit.*, pp. 279 et s.

⁵¹ Article 20, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 mars 2003.

⁵² De manière concrète, il est fréquent que le concepteur remplisse un formulaire électronique de demande d'un espace disque dur afin d'y loger son site et reçoive en retour des informations de connexion lui permettant de transférer son site sur le serveur de l'hébergeur.

La loi belge condamne ainsi toute obligation générale de surveillance *a priori*, qui serait imposée à l'hébergeur, contrairement à ce que suggérait le Conseil d'État⁵³. Ce principe est néanmoins tempéré par le fait que cette absence de surveillance ne vaut que pour les «obligations à caractère général»⁵⁴. Ainsi, les autorités judiciaires compétentes pourraient décider d'imposer, dans un cas spécifique, une obligation temporaire de surveillance⁵⁵.

Cette dernière possibilité est néanmoins soumise à deux conditions : d'une part, le caractère nécessairement temporaire afin de ne pas aboutir en pratique à une situation où le prescrit de l'article ne serait pas respecté et, d'autre part, la nécessité d'une autorisation émanant des autorités judiciaires compétentes.

Les hypothèses⁵⁶ dans lesquelles une telle exception serait accordée concerneraient avant toute chose la sauvegarde de la sûreté de l'État, la défense et la sécurité publique. Un tel écart permettrait de prévenir, rechercher, détecter ou poursuivre des infractions pénales.

Notons toutefois que rien n'empêche un hébergeur d'effectuer de manière volontaire des contrôles sur les sites qu'il héberge. Cette intervention peut lui permettre d'asseoir sa crédibilité et son image de marque.

2. La collaboration *a posteriori*

À l'opposé de cette absence d'obligation de surveillance *a priori*, l'article 21, §2, de la loi du 11 mars 2003, prévoit la situation *a posteriori* dans laquelle l'hébergeur aurait connaissance d'activités illicites exercées par les destinataires de ses services ou d'informations illicites qui seraient fournies par ces derniers.

Dans ce cas, l'hébergeur a l'obligation de prévenir les autorités compétentes, conformément à la procédure prévue à l'article 20, §3 (voy. *supra*). Il doit également communiquer

⁵³ Exposé des motifs, p. 49.

⁵⁴ Le considérant n° 47 de la directive 2000/31/CE prévoyait d'ailleurs que «l'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale».

⁵⁵ Article 21, §1^{er}, alinéa 2, de la loi du 11 mars 2003.

⁵⁶ Nous nous inspirons pour cette énumération non limitative des hypothèses où une telle obligation serait imposée, sous couvert des deux conditions, de l'article 63 de la loi luxembourgeoise du 14 août 2000 relative au commerce électronique modifiant le Code civil, le nouveau Code de procédure civile, le Code de commerce, le Code pénal et transposant la directive 1999/93 du 13 décembre 1999 relative à un cadre communautaire pour les signatures électroniques, la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, certaines dispositions de la directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la vente à distance des biens et des services autres que les services financiers, *Mémorial*, 8 septembre 2000, A-n° 96, pp. 2176 et s.; modifiée par la loi du 5 juillet 2004, *Mémorial*, 16 juillet 2004, A-n° 125, pp. 1847 et s.

aux autorités administratives ou judiciaires, à la demande de celles-ci, les informations qui peuvent permettre d'identifier les destinataires de leurs services avec qui un accord d'hébergement a été conclu. Parmi ces renseignements, citons notamment le nom, l'adresse IP, l'adresse de courrier électronique, le numéro de carte bancaire (ou, à tout le moins, les informations relatives à la transaction si «le paiement électronique est réalisé via les services sécurisés d'un prestataire extérieur»⁵⁷)⁵⁸. Cette liste peut être complétée par d'autres dispositions légales ou réglementaires. A cet égard, l'exposé des motifs de la loi belge⁵⁹ se réfère notamment à la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique⁶⁰.

D. Les difficultés pratiques

L'application du système de responsabilité ainsi élaboré suscite quelques interrogations.

La manière dont l'hébergeur aura connaissance de l'illicéité d'une activité ou d'une information est sujette à appréciation. La notification diffère selon que l'on se situe sur le plan civil ou le plan pénal (voy. *supra*). Bien que le système établi par la législation belge veuille éviter d'ériger les hébergeurs en juges, il n'en demeure pas moins qu'il leur appartiendra d'apprécier le caractère manifestement illicite de l'information portée à leur connaissance. En outre, la loi ne précise pas comment cette notification doit être réalisée.

En matière pénale, le législateur a évité de conférer le rôle de juge à l'hébergeur en l'obligeant à communiquer au procureur du Roi, «sur le champ», les informations illicites dont il aurait connaissance. Mais de quelle façon l'hébergeur informe-t-il ce dernier? La loi ne dit mot sur cette question. Elle ne prévoit pas davantage le mode d'information du procureur du Roi. Afin de rencontrer l'exigence de célérité exigée par la loi et propre à Internet, la création d'un serveur destiné à recueillir électroniquement les informations en question pourrait être une solution, mais elles devront être traitées par un magistrat qui décidera de leur caractère licite ou illicite.

En outre, certains auteurs⁶¹ s'inquiètent du fonctionnement effectif du système : celui-ci sera-t-il *rapide et efficace*? Les procureurs du Roi seront-ils *en mesure de jouer ce nou-*

⁵⁷ Voy. par exemple le système *Paypal* utilisé notamment par le site de ventes aux enchères *eBay*, <http://www.paypal.com/>.

⁵⁸ T.G.I. Paris (réf.), 2 février 2004, R.G. n° 03/61946, p. 4, <http://www.legalis.net/jnet/>.

⁵⁹ Exposé des motifs, p. 49.

⁶⁰ Loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique, *M.B.*, 3 février 2001, pp. 2909 et s. Pour une analyse détaillée, voy. S. EVRARD, «La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique», *J.T.*, 2001, p. 241; P. VAN EECHE, «De wet informaticacriminaliteit» in R. BISCIARI et al., *Elektronische handel – Juridische en praktische aspecten*, Heule, UGA, 2004, pp. 369 et s.

⁶¹ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, «La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information», *J.T.*, 2004, p. 93.

veau rôle? En outre, *quid* en cas d'inertie du procureur du Roi, s'il ne réagit pas à l'information communiquée ou ne fait que copier le contenu du site litigieux sans en réclamer l'inaccessibilité ou le retrait? L'hébergeur ne pourrait *a fortiori* se voir reprocher une quelconque abstention dans la mesure où le procureur du Roi ne requiert rien⁶².

En matière civile, cette communication au procureur du Roi ne s'applique pas⁶³. L'hébergeur doit apprécier lui-même si une information lui communiquée est manifestement illicite. Dans l'affirmative, il doit agir promptement pour rendre inopérant l'accès à ladite information. Cependant, l'hébergeur engagera sa responsabilité contractuelle si l'information se révèle licite. Sur quelle base l'hébergeur pourra-t-il apprécier le caractère (il)licite⁶⁴? Il serait plus sage qu'un magistrat intervienne également dans cette hypothèse.

Tant sur le plan pénal que civil, la solution préconisée est l'instauration de procédures de *notice and take down*⁶⁵ – c'est-à-dire des procédures de notification et de retrait⁶⁶ – à l'instar de celles prévues par le *Digital Millenium Copyright Act* américain⁶⁷, visant, avant tout, à renforcer la sécurité juridique. Les hébergeurs verraient également leur rôle et leurs actions plus transparents. Les consommateurs seraient également mieux informés sur la manière de porter à la connaissance d'un hébergeur une information qu'ils estiment exister en fraude de leurs droits. Toutefois, malgré l'absence de telles procédures, ces derniers ne sont pas démunis, grâce principalement au mécanisme des actions en cessation (voy. *infra*, IV).

⁶² E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, n° 206; En ce sens, voy. notamment T.G.I. Paris, 15 novembre 2004, *Comm. com. électr.*, février 2005, pp. 51 et s.

⁶³ L'article 20, § 3, de la loi du 11 mars 2003 prévoit explicitement que l'hébergeur ne communique au procureur du Roi que les activités ou informations illicites dont il a une *connaissance effective* (voy. *supra*).

⁶⁴ En pratique, certains hébergeurs ont adopté une position consistant à considérer comme *a priori* fondées toutes les plaintes qui ont une apparence sérieuse (identité du plaignant, motivation suffisante, etc.). Parfois les plaintes sont transmises au service juridique mais ceci n'est pas systématique. Lors de la réception de la plainte, il est rappelé au plaignant sa responsabilité pour plainte abusive in Th. STAMOS, «Récapitulatif des devoirs et responsabilités des intermédiaires de l'internet en droit belge», <http://www.droit-technologie.org>.

⁶⁵ Th. VERBIEST et E. WÉRY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information – Droits européen, belge et français*, coll. Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 417; V. SEDALLIAN, «La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique», 1999, <http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990101.htm>.

⁶⁶ «Une telle procédure extrajudiciaire doit permettre à l'hébergeur de sites, informé du caractère préjudiciable d'un contenu, de notifier celui-ci à l'éditeur dudit contenu et d'en suspendre l'accès en l'absence de réponse de l'éditeur, dans des conditions qui pourraient être déterminées par décret. Cependant, si, le délai imparti, l'éditeur conteste la plainte et qu'aucun règlement amiable n'est possible, le litige pourra être réglé dans le cadre d'une procédure judiciaire», Sénat français, loi sur la liberté de communication, 29 mai 2000, sous la présidence de J.-M. FAURE, <http://www.senat.fr>.

⁶⁷ Digital Millenium Copyright Act, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998); <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>.

À l'inverse, il conviendra de rappeler aux consommateurs que le dépôt de plainte abusive pourrait engager leur responsabilité et ce, afin de prévenir le dépôt de plaintes dénuées de tout fondement⁶⁸.

Il est également important de relever que la nature même d'Internet suppose une multiplicité d'actions pour enrayer la diffusion d'un site. Ainsi, lorsque l'hébergeur principal connaît l'existence d'informations ou d'activités illicites, il agit en principe promptement pour empêcher l'accès au site. Il est parfois encore possible d'accéder au site via des serveurs pratiquant le *mirroring* c'est-à-dire sauvegardant sur leurs propres disques durs le contenu du site. Il peut ainsi y avoir un nombre impressionnant d'hébergeurs secondaires contre lesquels il conviendrait également d'agir, étant donné qu'ils n'ont aucun lien avec l'hébergeur principal.

En outre, il faut tenir compte de l'activité de *caching* réalisée par certains prestataires. Ceux-ci pourraient alors se voir appliquer le régime de responsabilité pour cette activité étant donné qu'ils ne font que stocker les informations dans le seul but de rendre plus efficace leur transmission ultérieure⁶⁹.

La communication des renseignements, telle qu'instaurée à l'article 21, paragraphe 2, peut également être sujette à difficultés. Les garanties du respect de la vie privée sont remplies lorsque ces renseignements sont requis par des autorités judiciaires. Qu'en est-il toutefois lorsque ce sont des autorités administratives qui sont à l'origine de cette demande⁷⁰? Des garanties équivalentes devront être prévues. En outre, il serait opportun de supprimer la référence à la procédure prévue à l'article 20, paragraphe 3, pour éviter que l'on subordonne l'obligation de collaboration à une décision préalable du procureur du Roi.*

IV. Les actions en cessation

Les hébergeurs qui ont connaissance d'une activité ou d'une information manifestement illicite et qui agissent promptement pour en stopper l'accès ne peuvent voir leur responsabilité engagée. Cette connaissance provient généralement d'une notification émanant d'un utilisateur estimant ses droits violés (propos diffamatoires, atteinte à l'image, etc.).

⁶⁸ Th. STAMOS, *op. cit.*, <http://www.droit-technologie.org/>.

⁶⁹ Article 19 de la loi du 11 mars 2003; Pour un commentaire de cet article, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, *op. cit.*, n^{os} 202 et 203.

⁷⁰ Th. STAMOS, *op. cit.*, <http://www.droit-technologie.org/>.

* L'article 59 de la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 29 juillet 2005) modifie en ce sens l'article 21, § 2, de la loi du 11 mars 2003. La loi du 20 juillet 2005 est intervenue après la rédaction du présent article.

Toutefois, ce régime de responsabilité n'empêche nullement un consommateur de diligenter une autre action en justice : l'action en cessation. Celle-ci vise à prévenir ou à mettre un terme à toute violation. Elle peut également avoir pour objet le retrait des informations illicites (dans ce cas, l'hébergeur ne verrait pas sa responsabilité contractuelle engagée car il agirait sous couvert d'une décision de justice) ou rendre l'accès à ces dernières impossible (par exemple en empêchant l'accès à l'adresse IP du site incriminé, voy. *supra*)⁷¹.

Instauré par l'article 18 de la directive 2000/31/CE⁷², le mécanisme de l'action en cessation a été transposé en droit belge par l'article 3 de la seconde loi du 11 mars 2003 dite loi « article 77 ». Calqué sur le modèle de l'action en cessation prévu par la loi sur les pratiques du commerce⁷³, il présente toutefois quelques spécificités que nous analyserons ci-après (A). Le champ d'application spatial de cette mesure reste néanmoins cantonné au droit interne.

Or, Internet est, par essence, transfrontière. En ce sens, et afin de poursuivre la construction du marché intérieur, il a semblé nécessaire de créer un mécanisme permettant d'agir contre un prestataire intermédiaire exerçant dans un pays autre que celui du consommateur lésé.

A cette fin, la loi du 11 mars 2003 a étendu le champ d'application de la loi du 26 mai 2002⁷⁴ relative aux actions en cessation intracommunautaires (B, ci-après)⁷⁵. Deux implications en découlent : d'une part, une « entité qualifiée » pourra agir en cessation contre un prestataire situé dans un autre pays européen; d'autre part, l'action en cessation prévue par la loi « article 77 » pourra être initiée par une entité située dans un autre pays européen que la Belgique.

Ces deux mécanismes sont ainsi complémentaires. Leur dessein est d'offrir aux consommateurs les outils adéquats pour qu'ils puissent faire valoir leurs droits en justice.

⁷¹ Considérant n° 45 de la directive 2000/31/CE.

⁷² Sur la portée de l'action en cessation telle qu'envisagée en droit communautaire (directive 2000/31/CE) et en droit belge (loi « article 77 »), voy. A. CRUQUENAIRE et J. HERVEG, « La responsabilité des intermédiaires de l'internet et les procédures en référé ou comme en référé », obs. sous Liège, 1^{re} ch., 28 novembre 2001, *J.T.*, 2002, pp. 308 et s.

⁷³ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991 (ci-après L.P.C.C.); exposé des motifs des lois du 11 mars 2003, p. 49.

⁷⁴ Loi du 26 mai 2002 relative aux actions en cessation intracommunautaires en matière de protection des intérêts des consommateurs, *M.B.*, 10 juillet 2002, p. 30.925. Cette loi transpose la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *J.O. L* 166 du 11 juin 1998, p. 51.

⁷⁵ Article 30 de la loi du 11 mars 2003 insérant un point 10° dans l'annexe de la loi du 26 mai 2002.

A. Droit interne

L'action en cessation est un mécanisme de notre droit positif qui intervient dans des matières diverses. L'article 3 de la loi «article 77» organise l'action en cessation spécifique à certains aspects juridiques des services de la société de l'information. La mise en place d'un tel système vise principalement à répondre aux impératifs de rapidité et d'efficacité inhérents à Internet. Il permet ainsi au consommateur de faire valoir ses droits en temps utile contre toute «infraction aux dispositions de la loi du 11 mars 2003»⁷⁶. Son champ d'application ne vise donc pas uniquement les dispositions relatives au régime de responsabilité des prestataires intermédiaires.

Consistant en une procédure «comme en référé», un tel mécanisme présente de nombreux avantages⁷⁷. Tout d'abord, l'action en cessation se déroule selon une procédure accélérée, introduite selon les formes du référé⁷⁸. Ensuite, elle débouche sur une décision au fond, revêtue de l'autorité de la chose jugée⁷⁹. Enfin, aucune exigence d'urgence n'est requise⁸⁰.

La première spécificité de l'action en cessation concerne la compétence du tribunal⁸¹. Celle-ci est partagée entre le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce. Ce dernier intervient dans les affaires qui relèvent de sa compétence en vertu de l'article 573 du Code judiciaire.

La seconde particularité est liée à la qualité des titulaires de l'action. Nous pouvons, en premier lieu, relever les titulaires visés à l'article 98, § 1^{er}, de la L.P.C.C. Il s'agit des intéressés, du ministre qui a les affaires économiques dans ses attributions, de tout groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité civile et de toute association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs (remplissant les conditions requises à cette fin). Peuvent être incluses les autorités professionnelles ainsi que les unions nationales ou les mutuelles⁸². S'ajoutent enfin les entités qualifiées, lesquelles interviennent dans le cadre des actions intracommunautaires (voy. *infra*, B).

⁷⁶ Article 3, § 1^{er}, de la loi «article 77».

⁷⁷ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, *op. cit.*, p. 93.

⁷⁸ Article 3, § 3, de la loi «article 77».

⁷⁹ M. STORME, «De voorzitter, zetelend zoals in kortgeding, meerster of metamorfose?», in *Le développement des procédures «comme en référé»*, Kluwer, 1993, p. 14.

⁸⁰ C. DALCQ, «Les actions "comme en référé"» in *Le référé judiciaire*, éd. du Jeune barreau de Bruxelles, 2003, p. 183.

⁸¹ E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, *op. cit.*, p. 93.

⁸² Voy. l'article 20, 2^o et 4^o de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

Lorsque le président constate l'existence d'une infraction à la loi du 11 mars 2003, il peut en ordonner la cessation. Il dispose en outre de la possibilité d'accorder au contrevenant un délai pour arrêter l'infraction ou cesser l'activité⁸³. Dès qu'il serait prouvé que l'infraction a cessé, le président peut alors accorder la levée de la mesure de cessation⁸⁴.

Le président peut également ordonner la publication de tout ou partie du jugement aux frais du contrevenant. La loi prévoit la publication du jugement ou son résumé par «la voie de journaux ou de toute autre manière»⁸⁵. Le président pourrait ainsi ordonner cette production sur la page d'accueil du site incriminé⁸⁶. Cette mesure s'applique uniquement si elle est de «nature à contribuer à la cessation de l'acte incriminé»⁸⁷.

Enfin, le mécanisme ainsi décrit devra s'articuler avec l'action en cessation mise en place par la loi sur les pratiques du commerce⁸⁸.

B. Niveau intracommunautaire

La loi du 26 mai 2002 a introduit dans notre droit national le mécanisme de l'action en cessation intracommunautaire, transposant ainsi la directive 98/27/CE⁸⁹. Celle-ci a pour but d'endiguer la multiplication des infractions transfrontières lésant les intérêts des consommateurs. L'expansion d'Internet est à ce niveau un vecteur particulier d'ouverture sur les différents marchés de l'Union européenne et, dès lors, source de nombreux litiges.

Les actions en cessation intracommunautaires visent ainsi à améliorer la protection des consommateurs contre les infractions. Ce mécanisme est toutefois plus limité qu'en droit interne.

Tout d'abord, les infractions doivent attenter à l'intérêt collectif, c'est-à-dire ne pas constituer une simple accumulation d'intérêts particuliers. Il s'agit là d'une première limitation : l'action intracommunautaire ne vise pas les intérêts privés⁹⁰.

⁸³ Article 3, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi «article 77».

⁸⁴ Article 3, § 1^{er}, alinéa 3, deuxième phrase de la loi «article 77».

⁸⁵ Article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi «article 77».

⁸⁶ Voy. les exemples jurisprudentiels cités par Th. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique – Publicité – Contrats – Contentieux*, coll. Droit des technologies, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 156.

⁸⁷ Article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de la loi «article 77».

⁸⁸ Th. VERBIEST, *op. cit.*, pp. 156 et s.

⁸⁹ Voy. A. MORIN, «Les actions collectives transfrontières – Le projet de directive relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs», in F. OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation – Codification, unification et harmonisation du droit des États membres de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 305 et s.

⁹⁰ Le considérant n° 2 de la directive 98/27/CE énonce ainsi que cette action est «sans préjudice des recours individuels formés par des particuliers lésés par une infraction».

Une deuxième limitation concerne les titulaires de l'action. Ceux-ci sont exclusivement les «entités qualifiées» c'est-à-dire «toute organisation constituée conformément au droit d'un Etat membre de l'Union européenne, ayant un intérêt légitime à intenter une action en cessation d'une infraction en vue de protéger les intérêts collectifs des consommateurs, en vertu des critères fixés par le droit de cet Etat membre»⁹¹.

Ces limitations influent sur les conditions pour intenter l'action. Celles-ci sont de deux ordres⁹² : d'une part, il faut que l'intérêt protégé par l'entité soit lésé par l'infraction, d'autre part, l'entité doit figurer sur la liste des entités qualifiées établie par la Commission européenne⁹³.

L'article 5 de la loi énonce les critères permettant à une association d'être désignée en tant qu'entité qualifiée. Il doit s'agir d'«associations ayant pour objet la défense des intérêts collectifs des consommateurs, qui jouissent de la personnalité civile et qui sont représentées au Conseil de la consommation soit sont agréées par le ministre suivant des critères déterminés par arrêté délibéré en conseil des ministres». L'association belge des consommateurs Test-Achats a été désignée comme telle en Belgique.

Lorsque ces deux conditions liminaires sont remplies, la loi prévoit que l'action doit être introduite auprès du président du tribunal de commerce de Bruxelles⁹⁴. Elle est formée et instruite selon les formes du référé⁹⁵.

Le président du tribunal de commerce constate l'existence d'une infraction et en ordonne la cessation⁹⁶. Il peut, comme en droit national, décider de la publication de son jugement ou du résumé par voie de presse ou de toute autre manière, aux frais du contrevenant⁹⁷. A l'inverse de l'action en cessation établie par la loi «article 77» (voy. *supra*), la publication peut être ordonnée même si la cessation de l'infraction est avérée. La condition de nécessité de contribuer à la cessation n'est pas requise.

En outre, le président peut également, dans les mêmes conditions, ordonner la publication d'une déclaration rectificative.

⁹¹ Article 2, 2°, de la loi du 26 mai 2002.

⁹² Article 4 de la loi du 26 mai 2002.

⁹³ Communication de la Commission relative à l'article 4, §3, de la directive 98/27/CE relative aux actions en cessation en matière de protection des consommateurs, concernant les entités qualifiées pour intenter une action au titre de l'article 2 de ladite directive, *J.O.* C 321 du 31 décembre 2003, p. 26.

⁹⁴ Le tribunal de commerce de Bruxelles est seul compétent en raison «de l'expérience considérable de ce tribunal en matière de contentieux international» (B. MICHAUX et N. RUCKENBERG, «L'action en cessation intracommunautaire», *Journ. jur.*, vol. 14, 2002, p. 6).

⁹⁵ Article 9 de la loi du 26 mai 2002.

⁹⁶ Article 6 de la loi du 26 mai 2002.

⁹⁷ Article 10 de la loi du 26 mai 2002.

Ce mécanisme de l'action en cessation intracommunautaire a le mérite de limiter les procédures. Il permet à une entité qualifiée dans un pays membre d'obtenir un jugement dans un autre pays de l'Union européenne en faisant ainsi l'économie d'une procédure en droit national, suivie d'une reconnaissance de la décision dans cet autre pays⁹⁸.

Une nouvelle étape a été franchie dans la lutte contre les infractions intracommunautaires. Outre les actions en cessation, le règlement (CE) n° 2006/2004⁹⁹ a institué un réseau entre les autorités nationales chargées de veiller à la législation en matière de protection des consommateurs afin qu'elles puissent coopérer de manière efficiente. La coopération ainsi établie est fondée «sur une base réciproque pour échanger des informations, détecter et enquêter sur ces infractions»¹⁰⁰. Ce mécanisme, parallèle à celui des actions intracommunautaires, participe à la même philosophie¹⁰¹ sous-jacente qui est d'endiguer celles-ci et, partant, d'accroître la protection des consommateurs au niveau communautaire.

V. Conclusion

Qu'il soit perçu comme un monde de non-droit ou comme une véritable «poudrière juridique»¹⁰², Internet a induit d'innombrables nouvelles perspectives tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Source de potentialités énormes, ce secteur se développa originairement dans un certain flou juridique, ce qui a contribué à l'apparition d'un sentiment d'appréhension parmi les utilisateurs. Il a fallu renforcer l'emprise du droit sur ce monde virtuel et, en conséquence, endiguer la crainte des consommateurs, notamment dans le domaine du commerce électronique.

C'est dans ce contexte que les autorités européennes – et belges – ont adopté une législation relative à certains aspects des services de la société de l'information. Cette réglemen-

⁹⁸ B. MICHAUX et N. RIJCKENBERG, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁹ Règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil du 27 octobre 2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, *J.O. L* 364 du 9 décembre 2004, p. 1; modifié par la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), *J.O.U.E.*, 44 juin 2005, L 149, p. 22. Pour un aperçu du règlement, voy. C. VERDURE, «Coopération européenne en matière de protection des consommateurs : le nouveau règlement (CE) n° 2006/2004», *D.C.C.R.*, 2005, n° 66, p. 97.

¹⁰⁰ Considérant n° 7 du règlement (CE) n° 2006/2004.

¹⁰¹ Ce règlement se rapproche également de la philosophie de l'article 2 de la loi «article 7», lequel prévoit une procédure permettant de restreindre la liberté de circulation d'un service de la société de l'information lorsque la protection des consommateurs est en jeu. Voy. Th. STAMOS, *op. cit.*, <http://www.droit-technologie.org/>.

¹⁰² L'expression est de Gérard HAAS, «Commerce électronique : une poudrière juridique», 1998, <http://www.juriscom.net/>.

tation a plusieurs objectifs. Elle vise à renforcer la sécurité juridique et à conférer une acception plus positive à Internet. Ceci permettant d'accroître, en conséquence, la confiance des consommateurs et à les inciter de la sorte à commercer par voie électronique. Elle entend également réguler la délicate question de la responsabilité des prestataires intermédiaires.

Parmi ces derniers, les hébergeurs ont été les victimes de diverses procédures diligentées par des consommateurs estimant leurs droits lésés. L'organisation d'un régime de responsabilité par la nouvelle législation a offert davantage de transparence pour l'ensemble des utilisateurs du Web. Les professionnels peuvent désormais connaître plus précisément le rôle qui leur est conféré. Le système permet aux consommateurs d'agir contre l'hébergeur qui a participé à une activité ou à une information illicite ou qui, alors qu'il avait connaissance d'une telle activité ou information, n'a pas agi promptement pour y mettre fin, même provisoirement (en supprimant l'accès au site).

Le régime de responsabilité ainsi édicté s'est révélé primordial pour un développement plus harmonieux d'Internet. Les consommateurs disposent désormais d'une personne de référence – l'hébergeur – qui est tenue d'agir pour faire cesser l'activité illicite, sous peine de voir sa responsabilité engagée. L'hébergeur voit ainsi son rôle d'intermédiaire technique évoluer. Il se mue en intermédiaire privilégié lorsqu'un site qu'il héberge exerce une activité illicite.

Initialement victimes d'un système incertain en tant que prestataires les plus exposés aux procédures judiciaires, les hébergeurs se sont vus octroyer de nouvelles obligations et des responsabilités plus claires qui les amènent finalement à être les premiers acteurs du développement d'Internet par le biais des sites qu'ils hébergent. Du statut de «victimes», ils sont ainsi passés à celui de «régulateurs» de notre société de l'information. En pratique, en présence d'une infraction, l'auteur du site Web concerné sera prévenu par l'hébergeur. Si l'auteur du site ne se conforme pas à la législation, l'hébergeur doit alors intervenir par l'adoption de mesures adéquates, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

Cette évolution du rôle de l'hébergeur n'est cependant pas achevée. Il demeure ainsi des zones d'ombre, telles l'absence de procédure de *notice and take down*, qui empêchent l'hébergeur de voir son rôle totalement objectivé.

Parallèlement à l'apparition de ce nouveau rôle de régulateur des hébergeurs, la législation a produit une évolution supplémentaire dans le chef des consommateurs, qui ont vu la gamme de leurs moyens de défense s'étoffer. En droit interne, la loi du 11 mars 2003 a étendu le champ d'application de l'action en cessation aux infractions à la société de l'information. Au niveau européen, l'action en cessation intracommunautaire a permis à certaines entités de défendre les intérêts collectifs des consommateurs dans un pays autre que l'État d'origine de ces derniers. Ce système ne vaut toutefois qu'en Europe. Si l'infor-

mation illicite est stockée sur des serveurs en dehors de l'Union européenne, les praticiens devront recourir au droit international privé pour trancher la question.

La finalité du système de responsabilité des hébergeurs et, en parallèle, de la mise en place d'actions en cessation spécifiques, est avant tout de renforcer la sécurité juridique d'Internet. Ceci devrait impliquer un regain de confiance des consommateurs et avoir, en conséquence, un impact positif sur le développement du commerce électronique.

Comme dans bien des domaines, le droit est à la recherche d'un perpétuel équilibre. Cette quête se manifeste dans ce domaine par un souci de protéger la collectivité des utilisateurs d'Internet, parmi lesquels les consommateurs ont une place particulière, tout en n'imposant pas de contraintes trop importantes aux professionnels du Web, et ainsi permettre l'exploitation optimale de cette nouvelle technologie.

Dans cette perspective, la nouvelle législation induit une évolution substantielle dans le chef de ces deux acteurs de notre société de l'information. Elle arme davantage les consommateurs par un renforcement de leurs moyens d'actions pour faire valoir leurs droits. La réglementation aboutit aussi à conférer à l'hébergeur un nouveau rôle de régulateur. Gageons que cette progression duale puisse permettre à Internet de croître encore et de se développer plus harmonieusement au bénéfice de notre société.

Samenvatting

Internet heeft zich ontwikkeld door toedoen van verschillende dienstverleners. Onder hen, neemt de dienstverlener die websites «host» een centrale plaats in ; zowel door zijn belangrijke rol in het functioneren van het web als door zijn geprivilegieerde positie ten opzichte van consument. Dit heeft ertoe geleid dat deze dienstverlener in talrijke juridische procedures werd betrokken, voornamelijk wanneer hij het enige identificeerbare aanspreekpunt is.

Teneinde de rechtszekerheid te vergroten, werd de aansprakelijkheid van de dienstverlener die hostingdiensten aanbiedt recentelijk vastgelegd door richtlijn 2000/31/EG en, vervolgens, door de Belgische omzettingwet van 11 maart 2003. De wetgeving creëert een aansprakelijkheidsregime waarbij gekeken wordt naar de daadwerkelijke activiteit en waarbij, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan, aansprakelijkheid wordt uitgesloten onder bepaalde voorwaarden.

De auteur analyseert de gevolgen van de wettelijke en jurisprudentiële ontwikkelingen op de rol van deze dienstverlener, waarbij de nadruk wordt gelegd op de fundamentele ommekeer die deze ontwikkelingen teweeg brengen : degene die hosting diensten aanbiedt speelt niet langer een «slachtoffer» rol, maar wordt in zekere zin een soort «regulator» van onze informatiemaatschappij.

Parallel met deze ontwikkeling, hebben consumenten de waaier van actiemiddelen zien toenemen met de uitbreiding van de stakingsvorderingen tot inbreuken op de bepalingen in verband met de informatiemaatschappij. Voor grensoverschrijdende gevallen, werd tevens een intracommunautaire vordering tot staken gecreëerd.

Tenslotte, analyseert de auteur kritisch en met een blik op de toekomst de voordelen en de beperkingen van deze duale evolutie bij de twee belangrijkste spelers in onze informatiemaatschappij: de versterking van de actiemiddelen van de consument bij de bescherming van hun rechten en het toekennen van een nieuwe rol als regulator aan de dienstverlener die hosting diensten aanbiedt.