

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des intermédiaires sur internet

De Patoul, Fabrice

Published in:

Revue du droit des technologies et de l'information

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Patoul, F 2007, 'La responsabilité des intermédiaires sur internet: les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs', *Revue du droit des technologies et de l'information*, Numéro 27, p. 85-106.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilité des intermédiaires sur internet: les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs

Fabrice DE PATOUL¹

Introduction

Les prestataires intermédiaires jouent incontestablement un rôle majeur dans la société de l'information. En effet, ces prestataires permettent de rendre accessibles les informations, de les transmettre, de les retrouver grâce à des outils de recherche ou des hyperliens, ou encore de les héberger sous différentes formes. Ils deviennent ainsi les intermédiaires entre ceux qui produisent le contenu et ceux qui souhaitent y accéder.

On sait que l'internet permet la diffusion de contenus illicites: de la contrefaçon à la diffamation, en passant par la diffusion d'images pédophiles ou de propos racistes ou xénophobes. Il ne fait pas de doute que celui qui est à la source des informations illicites doit en assumer la responsabilité. La question est plus délicate à l'égard des différents

intermédiaires techniques qui participent à la diffusion de ces informations préjudiciables alors qu'ils n'en sont pas les auteurs.

Conscient de cette problématique et dans la lignée de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, le législateur belge a mis en place un système d'exonération légale de responsabilité à l'égard de certaines activités prévu dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après «la loi sur le commerce électronique»)². Ce régime bénéficie aux seuls intermédiaires qui exercent les activités de simple transport, de fourniture d'accès, de stockage sous forme de copie temporaire ou d'hébergement de l'information³. Ce système d'exemption semble

1. Fabrice DE PATOUL est attaché-juriste dans la cellule Économie électronique de la Direction générale Régulation et Organisation du marché du Service Public Fédéral Économie, PME, Classes moyennes et Énergie. Les opinions exprimées dans cet article sont exclusivement celles de son auteur et n'engagent nullement le SPF Économie.
2. L. 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963. Elle transpose la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.C.E.*, L 178 du 17 juillet 2000, p. 1. Cette directive est également transposée par la 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 2003, p. 12960.
3. Pour des commentaires approfondis sur ce régime d'exonération prévu dans la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique: E. MONTERO (dir.), *Le commerce électronique 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. VAN EECKE et J. DUMORTIER (éds.), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Brugge, die Keure, 2003; 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, pp. 81-95.

globalement répondre aux attentes du marché, du moins si on se fie au peu de contentieux qu'il engendre depuis son adoption.

En revanche, la loi belge sur le commerce électronique ne souffle mot d'une série d'autres activités prestées par les intermédiaires. Ainsi, le fournisseur d'hyperliens, d'outils de recherche, les agrégateurs de contenu ou les organisateurs de forums, de blogs, de sites de mise en relation – pour ne citer que les plus connus – ne bénéficient en principe d'aucun régime d'exonération.

Paradoxalement, ces intermédiaires font face à des difficultés similaires lorsqu'ils diffusent des informations parfois préjudiciables, alors qu'ils n'en sont pas à l'origine. Or, l'éventualité d'être déclaré responsable pour des contenus émanant de tiers n'est pas négligeable. D'autant plus qu'ils ne sont pas davantage en mesure de contrôler

le volume ou le contenu des informations qui transitent par leurs soins. Les intermédiaires courent ainsi le risque de se voir condamnés du fait qu'ils sont les seuls interlocuteurs identifiables et solvables.

La présente contribution examinera le régime juridique applicable à deux types d'activités: les services de mise en relation (chap. 1) et les services de blogs et de forums (chap. 2). Chaque service sera cerné, délimité et ensuite analysé juridiquement sous l'angle de la responsabilité de l'intermédiaire qui l'exerce. Soulignons que ces nouvelles activités posent également des questions dans d'autres domaines du droit que celui de la responsabilité: les pratiques du commerce, la protection du consommateur ou encore la protection de la vie privée. Par souci de concision et de clarté, ces législations ne seront que brièvement évoquées.

Chapitre 1

Les plates-formes de mise en relation

I. Notions générales

De plus en plus de plates-formes permettent de mettre en relations commerciales des particuliers ou des professionnels. Parmi ces plates-formes, ce sont les sites de ventes aux enchères qui ont acquis la plus grande notoriété. Ces sites sont souvent au centre de l'actualité en raison de la nature parfois incongrue des biens ou services proposés⁴, ou encore à cause des escroqueries ou des arnaques qui s'y réalisent⁵. À côté

des sites de ventes aux enchères, il existe un grand nombre de sites de mise en relation, plus ou moins sophistiqués, qui permettent de mettre en contact des internautes, professionnels ou non. Ces sites peuvent être spécialisés dans un type de bien ou de service (voitures, immeubles, etc.) et se décliner du simple service de petites annonces à un site complet de vente intégrant une multitude de services (module de paiement, processus d'enchères ou non, procédure de résolution de conflit, etc.).

4. Dans ce domaine, l'imagination humaine est sans limite. On a ainsi vu des personnes prêtes à vendre leur enfant, un de leurs organes, une nuit d'amour ou une heure de rencontre avec un homme politique lors des élections.
5. Voy. à cet égard les exemples éclairants donnés sur le site du CRIOC (<http://www.arnaques.be>).

Les questions juridiques varieront évidemment selon l'acteur envisagé dans la relation triangulaire formée par l'acheteur, le vendeur et l'exploitant de la plate-forme. Établir une typologie de ces sites sur la base du type de relations commerciales n'est pas un exercice aisé, car certains sites offrent différents types de services aux utilisateurs (vente directe, vente par mise aux enchères, simple mise en relation ...). En outre, le rôle attribué à la plate-forme peut varier selon les relations contractuelles unissant les différents acteurs.

En définitive, le seul point commun de ces sites est de commercialement mettre en relation des utilisateurs, particuliers ou non, pour permettre directement ou indirectement d'offrir la vente de biens ou de services. Dans ce contexte, la plate-forme a pour objet de fournir un outil technique de mise en relation et d'aide à la conclusion d'une vente⁶.

Trois acteurs peuvent être identifiés lors d'une relation commerciale nouée au travers d'une plate-forme en ligne: le vendeur (professionnel ou non), l'acheteur (professionnel ou non) et la plate-forme de mise en relation. Nous nous attacherons à analyser cette relation commerciale sous l'angle de l'exploitant de la plate-forme et de l'utilisateur.

II. Principes

Différentes relations contractuelles unissent le vendeur, l'acheteur et la plate-forme de mise en relation.

1. Qualification de l'exploitant de plate-forme

Généralement, on retient deux qualifications juridiques à l'égard de l'opération réalisée par une plate-forme de mise en relation⁷: celles de mandat ou de courtage.

a) L'exploitant de la plate-forme en tant que mandataire

Dans certains cas, l'exploitant de la plate-forme peut être qualifié de *mandataire* du vendeur. Son mandat consiste à intervenir au nom et pour le compte du vendeur dans la transaction qu'il conclura avec l'internaute.

Pour rappel, l'article 1984 du Code civil définit le mandat comme l'*«acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire»*. Dans cette hypothèse, le contrat de mandat sera formé par l'acceptation du vendeur (mandant) des conditions générales de l'exploitant de la plate-forme (mandataire) qui se charge de vendre un bien en son nom.

Un exemple de mandataire en ligne est le site <www.priceminister.com>. Ainsi, lors de l'inscription, il est précisé que *«l'acceptation des présentes conditions générales d'utilisation de la plate-forme Priceminister par les membres vaut mandat donné à Priceminister pour mettre en relation vendeurs et acheteurs et opérer les transactions effectuées sur le site de Priceminister»*.

6. Le Forum des droits sur l'internet, «Commerce entre particuliers sur l'internet – Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation?», recommandation du 8 novembre 2005, disponible sur <http://www.foruminternet.org>.
7. Voy., à cet égard, *ibid.*; Th. VERBIEST, «Les ventes aux enchères électroniques: quel cadre juridique?», *L'Echo*, 21 septembre 2000; G. MATHIAS, «Adjugé, Voté ! Analyse de la réglementation des ventes aux enchères sur l'internet», <http://www.droit-technologie.org>, 4 août 2000.

La qualification de contrat de mandat n'est souvent pas adéquate pour un site de mise en relation. En effet, dans la majorité des cas, l'exploitant du site se contente de mettre en relation un acheteur et un vendeur sans avoir une réelle maîtrise sur la vente ou la mise aux enchères. En d'autres termes, le vendeur ou l'acheteur demeure libre de contracter ou non après avoir été mis en concurrence par un prestataire de services (plate-forme de mise en relation). Dans ces conditions, les ventes constituent en réalité des ventes à l'amiable⁸. Par conséquent, la qualification de courtage est souvent préférée à celle de mandat.

b) L'exploitant de la plate-forme en tant que courtier

Le courtage en tant que tel n'est pas défini en droit belge. Seuls certains contrats de courtage particuliers font l'objet d'une réglementation spécifique, tels que le courtage matrimonial ou le courtage immobilier⁹.

Le courtage pourrait se définir comme «*le fait de mettre en rapport, pour un but lucratif, deux ou plusieurs personnes pour leur permettre de réaliser l'opération juridique qu'elles ont en vue*»¹⁰. Lorsque le prestataire de service agit en qualité de courtier, son intervention consiste à mettre en présence les parties entre lesquelles le contrat intervient. Le courtier n'est rémunéré que par un courtage qui lui est payé par l'une des parties ou par chacune d'elles.

En ce sens, le contrat de courtage est assimilable à un contrat d'entreprise, qui se définit comme la «*convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation*»¹¹. Le contrat de courtage se différencie du contrat de mandat, car il se limite à l'accomplissement d'actes matériels ou intellectuels sans constituer une opération juridique.

Afin de qualifier juridiquement l'opération réalisée par l'exploitant d'une plate-forme de mise en relation, il convient d'examiner son rôle exact par rapport aux transactions réalisées par son intermédiaire. Si son rôle se limite à la mise en contact de deux ou plusieurs personnes sans intervention dans la conclusion du contrat entre les parties, l'activité pourra être qualifiée de courtage.

Prenons l'exemple du célèbre site eBay, qui tente de se limiter à mettre en relation un acheteur et un vendeur par l'intermédiaire de sa plate-forme technique. Les contrats de vente, en ce compris les modalités de paiement et de transport, sont décidés de gré à gré entre les utilisateurs. Son rôle s'entend dès lors davantage comme celui d'un courtier en ligne que comme celui d'un mandataire.

Dans ses conditions d'utilisation, eBay tient d'ailleurs à préciser son rôle : «*Bien que l'on nous qualifie habituelle-*

8. G. MATHIAS, *op. cit.*, p. 5.

9. Voy. not. L. 9 mars 1993 tendant à réglementer et à contrôler les activités des entreprises de courtage matrimonial (M.B., 24 avril 1993), mod. par L. 11 avril 1999 (M.B., 30 avril 1999) et L. 15 décembre 2005 (M.B., 28 décembre 2005).

10. Cette définition provient d'une décision française de la Cour d'appel d'Orléans (Orléans, 3 juillet 1934, S., 1935, 2, p. 30) citée par le Forum français des droits de l'internet.

11. C'est la définition généralement retenue par la doctrine et la jurisprudence belges.

ment de site de ventes aux enchères en ligne, vous devez savoir que nous ne sommes pas une société de ventes aux enchères traditionnelle. Au contraire, notre site n'est qu'un support en ligne qui ne permet qu'aux utilisateurs inscrits de proposer à la vente, d'acheter ou de vendre pratiquement tous les objets légaux, n'importe où, n'importe quand, de différentes manières et à différents prix»¹².

En outre, dans ses conditions d'utilisation, eBay explique le rôle minimal que le site entend jouer : « Nous ne contrôlons pas les objets mis en vente par les utilisateurs, ne prenons jamais possession des objets proposés sur le site et n'intervenons pas dans les transactions entre acheteurs et vendeurs. Nous n'adjugeons pas les objets mis en vente. Nous hébergeons seulement le contenu des annonces mises en ligne par les vendeurs (textes, images, etc.). En conséquence, nous n'exerçons aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la légalité des objets répertoriés, la véracité ou l'exactitude des annonces mises en ligne, la capacité des vendeurs à vendre lesdits objets ou la capacité des acheteurs à acheter ces objets. (...)».

En tout état de cause, il appartiendra aux cours et tribunaux de requalifier éventuellement l'activité de l'intermédiaire selon les circonstances de l'espèce.

2. Responsabilité de l'exploitant de la plate-forme

La responsabilité de l'exploitant d'une plate-forme pourrait être invoquée sur différentes bases tant les difficultés ren-

contrées peuvent être multiples. Nous nous limiterons à examiner si la responsabilité de l'exploitant de la plate-forme peut être engagée soit en raison du contenu illicite d'une annonce, soit en raison d'une difficulté lors de l'exécution du contrat conclu entre un vendeur et un acheteur¹³.

a) Responsabilité du fait du contenu illicite

Le régime de responsabilité de l'exploitant d'une plate-forme de mise en relation n'est pas régi spécifiquement par la directive sur le commerce électronique, ni par la loi belge de transposition. En l'absence de régime d'exonération de responsabilité particulier, il convient de s'en remettre au droit commun. On songe non seulement aux articles 1382 et 1383 du Code civil, mais également aux législations en matière de droit d'auteur et de pratiques de commerce.

En pratique, on peut raisonnablement admettre que si l'exploitant d'un site de mise en relation a connaissance du caractère illicite du contenu sur son site, il peut difficilement échapper à une mise en cause de sa responsabilité civile, voire pénale.

Est-ce que l'exploitant d'une plate-forme pourrait tout de même invoquer le bénéfice de l'exonération pour l'activité d'hébergement prévue par la loi sur le commerce électronique?

La réponse à cette question requiert d'examiner préalablement si l'exploitant d'une plate-forme de mise en relation est un prestataire de services de la société de l'information et s'il exerce ef-

12. Conditions d'utilisation d'eBay, art. 3.1.

13. Nous reprenons ici la distinction opérée par le Forum des droits sur l'internet, in « Commerce entre particuliers sur l'internet – Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation? », op. cit., p. 10.

fectivement une activité d'hébergement (1). Dans cette hypothèse, le prestataire d'un tel service bénéficie d'obligations allégées en matière de surveillance (3) et d'une exonération légale de responsabilité moyennant le respect de certaines conditions (2).

1) QUALIFICATION DE PRESTATAIRE DE SERVICES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION ET D'HÉBERGEUR

L'exploitant d'un site de mise en relation est sans nul doute un prestataire de «services de la société de l'information» au sens de cette loi. Il s'agit bien d'«une personne physique ou morale» qui fournit un «service presté normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services» (L. 11 mars 2003, art. 2, 1° et 2°).

Est-ce qu'un exploitant d'un site de mise en relation exerce pour autant une activité d'hébergement?

Pour rappel, la loi belge définit l'activité d'hébergement en des termes larges: «fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service (...)». Selon nous, cette formulation large peut inclure le service consistant à stocker une annonce fournie par un vendeur. À notre sens, le prestataire d'un service de mise en relation exerce dès lors une activité d'hébergement. En effet, le contenu des annonces est fourni par les vendeurs (destinataires du service) et transmis ou stocké à leur demande.

Soulignons le rôle essentiellement passif que devra jouer le prestataire d'un service de mise en relation par rapport au contenu afin de bénéficier de l'exonération de responsabilité pour

son activité. En effet, celui qui invoque la qualité d'hébergeur ne devra pas être impliqué dans une activité de production ou d'édition du contenu. Par ailleurs, le prestataire d'un service de mise en relation ne bénéficie de l'exonération de responsabilité que pour son activité d'hébergement. Les autres activités exercées par le prestataire sont toujours soumises au droit commun de la responsabilité (p. ex., modules de paiement, publicité, etc.).

2) EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ POUR L'ACTIVITÉ D'HÉBERGEMENT (L. 11 MARS 2003, ART. 20, § 3)

Afin de bénéficier de l'exonération de responsabilité pour l'activité d'hébergement, le prestataire d'un service de mise en relation devra remplir une des conditions d'exonération fixées par l'article 20, § 1, de la loi sur le commerce électronique, c'est-à-dire:

- 1° qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'information; ou
- 2° qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible conformément à la procédure fixée par la loi. Cette procédure implique que lorsque le prestataire a une connaissance effective d'une activité ou d'une information illicite, il les communique sur le champ au procureur du Roi.

En pratique, l'exploitant d'un site de mise en relation dont l'activité est assimilable à du courtage en ligne pourra, à notre avis, bénéficier du régime amé-

nagé de la responsabilité de l'hébergeur pour autant qu'il intervienne comme simple intermédiaire technique et qu'il respecte une des conditions légales.

Cette solution a été retenue dans la jurisprudence française¹⁴. Ainsi, à propos d'eBay, le tribunal de grande instance de Paris a considéré que « (...) le processus des enchères s'effectue grâce à la mise à disposition des utilisateurs d'un logiciel dans l'exécution duquel la société eBay n'a aucun autre rôle que celui d'exécutant technique (...). Dans ces conditions, faute pour la société eBay de participer autrement que par une activité de courtage à l'offre en vente et à la vente du modèle de bijou contrefaisant, le grief de contrefaçon formulé à son encontre n'est pas fondé»¹⁵.

Pendant, les conditions et la procédure établies par la loi sur le commerce électronique recèlent certaines incertitudes pratiques.

Tout d'abord, la notion de « connaissance effective » prévue à l'article 20, § 3, de la loi est relativement floue. Or, cette notion est déterminante dans la mise en œuvre de cette procédure de collaboration.

Par ailleurs, la loi n'indique pas comment le prestataire sera informé et quelle information équivaldra à une connaissance. En effet, le prestataire pourra être informé de manière multiple : un coup de fil, un courriel, une lettre, un sms, etc. En pratique, un hébergeur important peut recevoir plusieurs milliers de plaintes ou de dénonciations par mois. L'appréciation de la

recevabilité des plaintes constitue une première difficulté pour l'hébergeur (le plaignant ayant un intérêt ou non, la personne dûment habilitée ou mandatée, courriel trop laconique ou incomplet, etc.). Il convient d'encourager les prestataires à mettre en place des procédures sur leur site web permettant au plaignant de formaliser sa plainte au moyen d'un formulaire *ad hoc* avec des exigences précises ou de renvoyer vers les services de plaintes des autorités compétentes.

Ensuite, le caractère illicite d'une information reste, dans bien des cas, difficile à déterminer (p. ex. en cas de contrefaçon). En dehors des cas où le contenu est manifestement illicite, l'hébergeur est souvent démuni pour traiter ce type de plainte. Doit-il transmettre, dans le doute, la plainte au procureur du Roi ? Doit-il demander un complément d'information au plaignant ?

Enfin, les hébergeurs rencontrent souvent des difficultés dans la gestion des plaintes sur un long terme. Que faire en cas d'inertie ou de lenteur du parquet, qui tarde à répondre à une demande ? Est-ce que le prestataire peut accéder à la demande de mise en ligne de son client qui a supprimé le contenu litigieux ? Dans certains cas, un plaignant peut également trouver une solution à l'amiable avec l'autre partie (p. ex. : l'utilisateur obtient le remboursement d'une marchandise). Est-ce que, dans ce cas, le prestataire doit tenir compte de ces accords conclus à l'amiable ?

Dans ce contexte, la centralisation sur un site web du signalement des dé-

14. TGI Paris, 11 février 2003, n° 0104305259, *Ministère public et Association Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie c/ Timothy Koogle et Yahoo Inc., D.*, 2003, inf. rap., p. 603 ; *Légipresse*, 2003, n° 202, III, p. 93, note J.-Ph. HUGOT ; TGI Paris, 26 octobre 2004, *SA Poiray France et Mme Nathalie C. c/ SARL CJSF, Ophélie, Ibarzar et SA eBay France*, disponible sur [Juriscom.net](http://www.juriscom.net) (<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=599>).

15. TGI Paris, 26 octobre 2004, op. cit.

lits commis sur ou via l'Internet constitue un premier pas dans la bonne direction¹⁶. À cet égard, citons l'initiative eCops développée par le Service public fédéral Economie et la *Federal Computer Crime Unit* (FCCU) de la Police fédérale¹⁷. Il s'agit d'un guichet unique de signalements à destination des utilisateurs de la société de l'information afin de lutter notamment contre les pratiques commerciales illégales.

3) ABSENCE D'OBLIGATION GÉNÉRALE DE SURVEILLANCE ET OBLIGATION DE COLLABORATION (L. 11 MARS 2003, ART. 21 § 1, AL. 1)

En tant que prestataire d'un service d'hébergement, l'exploitant d'un site de mise en relation n'a aucune obligation générale de surveiller les informations qu'il transmet ou stocke, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Il se voit ainsi dispensé d'une obligation générale, continue et proactive de contrôler les informations transitant sur son réseau. À défaut d'une telle disposition, son manque de surveillance aurait pu être considéré comme une faute entraînant la responsabilité.

Cette absence de devoir général de surveillance répond au souhait des intermédiaires, qui estiment ce genre de contrôles difficile à réaliser tant techniquement qu'économiquement. Par ailleurs, cette dispense de contrôle *a priori* permet d'éviter le risque d'une censure préventive par des intermédiairei-

res soucieux de ne pas voir leur responsabilité engagée. Cette dispense d'effectuer des contrôles systématiques n'empêche évidemment pas les intermédiaires d'exercer des contrôles spontanés et réguliers sur leurs réseaux¹⁸. Il en va également de leur intérêt de prévenir les activités illicites sur leurs réseaux et de sensibiliser leurs utilisateurs dans ce sens.

Rappelons que les autorités judiciaires disposent de la faculté d'imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique, lorsque cette possibilité est prévue par une loi¹⁹. Il s'agit de mesures ciblées et momentanées qui peuvent être notamment ordonnées par un magistrat à l'encontre d'un site web ou d'un internaute particulier.

Enfin, les prestataires concernés 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. Cette obligation de collaboration avec les autorités publiques compétentes est la contrepartie de l'absence d'obligation générale de surveillance à charge des prestataires intermédiaires (sauf cas spécifiques).

Auparavant, les prestataires devaient exercer cette obligation d'information en se conformant à la procédure fixée à l'article 20, § 3, c'est-à-dire en avertissant promptement le procureur du Roi lors de la connaissance d'une

16. Par ex., en ce qui concerne les infractions en matière de racisme et de xénophobie, un site spécifique de signalement a été mis en place par le Centre pour l'égalité des chances avec un formulaire de plaintes. Le site est accessible à l'adresse <http://www.cyberhate.be>. À terme, ce site devra intégrer le site eCops.

17. eCops est un point de contact en ligne où vous pouvez, en tant qu'utilisateur de l'internet, signaler des délits commis sur ou via l'internet. Ce site est accessible à l'adresse <http://www.ecops.be>.

18. E. MONTERO, «La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux», in *Le commerce électronique 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. 279.

19. L. 11 mars 2003 sur le commerce électronique, art. 21, § 1, al. 2.

activité illicite. Depuis l'adoption de la loi-programme du 20 juillet 2005²⁰, cette précision a été supprimée. L'exposé des motifs de la loi justifie la suppression de la référence à l'article 20, § 3, car « *d'une part, elle était redondante avec le § 3 de l'article 20 et, d'autre part, elle pouvait laisser croire, à tort, que la collaboration des prestataires avec les autorités administratives compétentes était conditionnée à l'obtention préalable d'une décision du procureur du Roi ou d'un juge d'instruction. Il n'en est rien. L'obligation de collaboration entre les prestataires et les autorités administratives compétentes est directe et indépendante de toute intervention des autorités judiciaires* »²¹.

Cependant, les modalités à respecter par l'intermédiaire dans le cadre de son obligation de collaboration avec les autorités demeurent, à notre avis, peu claires. Quand l'intermédiaire doit-il informer les autorités compétentes? Comment déterminer précisément les autorités administratives ou judiciaires à avertir? Quelle est concrètement la procédure à suivre?

Depuis 1999, les prestataires (ou «ISP») ont l'obligation d'informer le plus rapidement possible les autorités judiciaires, via le point de contact judiciaire central, du contenu supposé illicite via un simple courrier électronique. Cette obligation est prévue dans un protocole de collaboration signé par l'*Internet Service Provider Association* (ISPA), le ministre des Télécommunications et le ministre de la Justice. Ce protocole, pour lutter contre les actes illici-

tes sur l'internet, a été signé le 28 mai 1999. Une procédure plus aboutie de notification et retrait (« *notice and take down*») pourrait permettre au prestataire d'interpeller le titulaire d'un site afin de l'avertir de la plainte. Ce dernier aurait la possibilité d'adresser une contre-notification au plaignant, par exemple pour justifier de ses droits (p. ex. en matière de droit d'auteur).

L'article 21, § 2, alinéa 2, de la loi sur le commerce électronique prévoit également que les prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent qui sont utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire.

Cette disposition est ainsi rédigée depuis la modification de la loi-programme du 20 juillet 2005²². Auparavant, la disposition se calquait sur le texte de la directive, en prévoyant que les prestataires ne devaient communiquer que « *les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement* ». En vertu de l'ancien texte, les intermédiaires n'étaient tenus que de fournir des données d'identification et uniquement à l'égard d'utilisateurs avec lesquels ils étaient liés par un contrat d'hébergement. Cette modification permet aux autorités compétentes de demander aux prestataires davantage d'informations et pas uniquement aux prestataires de services d'hébergement²³.

20. L. 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, art. 51 (M.B., 8 août 2005).

21. Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51 1845/001, p. 47.

22. M.B., 8 août 2005.

23. L'exposé des motifs est très clair à cet égard (Projet de loi portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n° 51 1845/001, p. 46).

b) Responsabilité du fait d'une inexécution du contrat entre ses utilisateurs

De nombreuses difficultés peuvent naître de l'inexécution du contrat par l'une ou l'autre des parties utilisant la plate-forme intermédiaire. On citera notamment l'absence de paiement d'un bien par l'acheteur, l'absence de livraison par le vendeur ou la livraison d'un bien non conforme ou défectueux.

1) RESPONSABILITÉ D'UNE PLATE-FORME DE MISE EN RELATION EN TANT QUE COURTIER EN LIGNE

Un courtier en ligne est un tiers au contrat conclu directement entre l'acheteur et le vendeur. Par conséquent, une mise en cause de la responsabilité contractuelle du site sur cette base n'est, à notre avis, pas envisageable, dans la mesure où le courtier n'est pas tenu de garantir la bonne exécution du contrat.

En revanche, l'exploitant d'une plate-forme reste tenu par ses obligations contractuelles vis-à-vis des utilisateurs, vendeurs ou acheteurs. Il s'agit d'un contrat de fourniture d'un outil de mise en relation. En effet, l'exploitant de la plate-forme est tenu de respecter les obligations de son contrat de courtage formé par l'acceptation des conditions générales par l'utilisateur. Il s'agit d'une application classique du droit des contrats.

Par ailleurs, l'exploitant de la plate-forme peut toujours voir sa responsabilité civile engagée s'il a commis une faute ayant causé un préjudice dans le chef de ses utilisateurs.

2) RESPONSABILITÉ D'UNE PLATE-FORME DE MISE EN RELATION EN TANT QUE MANDATAIRE

En tant que mandataire, la plate-forme est tenue de ses obligations prévues dans le contrat de mandat. Le régime des obligations du mandataire est réglé par le Code civil. Rappelons notamment que :

- le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution (C. civ., art. 1991);
- le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion (C. civ., art. 1992);
- tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand bien même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant (C. civ., art. 1993).

Dans ces différentes hypothèses, la responsabilité de la plate-forme vis-à-vis de son mandant pourrait être engagée. Ainsi, un manquement dans sa gestion (p. ex., la perception du paiement) pourrait justifier une mise en cause de sa responsabilité. En outre, le mandataire reste tenu de sa responsabilité civile.

Toutefois, le site n'est pas responsable d'une difficulté en cas d'inexécution d'un contrat conclu entre les utilisateurs par son intermédiaire. En effet, ce dernier contrat ne produit pas d'effet à l'égard de la plate-forme qui joue le rôle de mandataire. La plate-forme ne sera tenue, au nom et pour le compte du vendeur, que de la bonne exécution des obligations prévues à son égard par le contrat de mandat.

3. Qualification et responsabilité de l'utilisateur d'une plate-forme de mise en relation

À côté de la responsabilité des intermédiaires, le régime applicable à l'utilisateur d'une plate-forme de mise en relation soulève également des questions. En effet, la particularité d'une plate-forme de mise en relation est qu'elle permet le développement du commerce directement entre particuliers sans l'intervention de professionnels. Cet essor du commerce entre particuliers pose de nouvelles questions de qualification juridique de ces activités et de responsabilité.

Il peut s'agir d'un particulier qui vend occasionnellement un bien (p. ex. un particulier qui vide son grenier), d'un particulier qui exerce une activité complémentaire en vendant régulièrement des biens sans que cela constitue sa source de revenu principal (p. ex. un collectionneur) ou encore de professionnels qui entendent faire du site de mise en relation un canal de vente soit complémentaire à leur magasin, soit comme vitrine principale de leur commerce.

En principe, la vente occasionnelle d'un bien n'entraînera pas de requalification de l'activité du particulier. Toutefois, si son activité prend de l'ampleur, le particulier pourrait tomber dans le champ d'application d'autres législations. Ainsi, un utilisateur d'une plate-forme de mise en relation est à la frontière des trois qualifications suivantes: celles de «commerçant» (C. comm.), de «vendeur» (L. 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce) et de

«prestataire de service» (L. 11 mars 2003 sur le commerce électronique). Ces définitions peuvent également avoir des incidences non seulement sur les obligations prévues dans ces législations spécifiques, mais également sur les régimes fiscal et social du vendeur particulier²⁴.

a) Qualification de «commerçant» – Code de commerce

L'article 1^{er} du Code de commerce nous enseigne que «sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint».

Par conséquent, deux conditions sont nécessaires à la qualification de commerçant.

La première implique que la personne physique ou morale accomplisse des actes commerciaux ou des actes de commerce. Cette notion n'est pas définie légalement et fait l'objet de controverses jurisprudentielles.

Les actes de commerce sont habituellement classés en deux catégories²⁵: les actes commerciaux objectifs définis aux articles 2 et 3 du Code de commerce (par leur forme, objet, cause, etc.) et les actes commerciaux subjectifs en raison de la qualité de commerçant de leur auteur. En principe, un acte commercial peut être isolé et posé par un non-commerçant. Toutefois, dans certains cas, le caractère de commercialité peut disparaître si l'acte visé est l'accessoire d'un acte civil

24. Notons que le particulier qui réalise des activités économiques non déclarées est susceptible d'être sanctionné. En effet, si ces particuliers ne sont pas connus de la Banque-carrefour des entreprises et qu'ils ne disposent pas de numéro TVA, ils peuvent encourir des amendes de la part des Douanes et Accises et/ou de l'Inspection spéciale des impôts.

25. Ch. JASSOGNE, «Notions générales et organisation judiciaire du commerce», in *Traité pratique de droit commercial* (Ch. JASSOGNE dir.), t. I, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 18 et s.

(p. ex. achat de pierre par un sculpteur qui revendra la statue taillée dans cette pierre) ou s'il est démontré que l'acte est accompli avec une intention désintéressée.

La seconde condition implique que ces actes soient posés de manière habituelle et professionnelle. Le simple fait qu'un acte soit répété n'implique pas un but de lucre. Le caractère professionnel implique l'«accomplissement habituel d'actes de commerce dans un but d'en tirer des ressources»²⁶. En d'autres termes, en l'absence de but de lucre, un particulier ou une association ne pourra être qualifié de commerçant. Cette exigence du but de lucre est aujourd'hui contestée notamment par la définition du vendeur de la loi du 14 juillet sur les pratiques de commerce²⁷.

N'est pas commerçant, le simple particulier qui, à l'occasion, vend un bien, car la vente doit se dérouler de manière habituelle et dans un cadre professionnel. En revanche, on peut s'interroger si une requalification ne s'impose pas à l'égard d'un particulier qui vendrait des biens de manière régulière dans un but d'en tirer des ressources. Une telle activité pourrait, à notre sens, être considérée comme «professionnelle» par un juge ou l'administration. Dans ce cas, le statut de commerçant impose une série d'obligations spécifiques, notamment en matière comptable et bancaire, et a des incidences pratiques, par exemple en termes de publicité (publicité du régime matrimonial, publicité de tout jugement de divorce ou de séparation de corps et/ou de bien ...).

b) Qualification de «vendeur» – Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce

Le particulier peut-il être considéré comme un vendeur au sens de la loi sur les pratiques de commerce?

Pour rappel, l'article 1^{er}, § 1^{er}, 6^o, de la LPC définit le vendeur comme :

«a) tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire;

b) les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services;

c) les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services».

La définition légale du «vendeur» par la LPC est extrêmement large²⁸. Elle ne se réduit pas à celle de commerçant au sens du Code de commerce. Ainsi, une personne morale de droit public, un curateur ou une ASBL peuvent être qualifiés de vendeurs.

Toutefois, cette définition se limite aux seuls vendeurs professionnels. Un

26. *Ibid.*

27. Selon la définition du «vendeur» de la LPC, des «organismes publics» ou des «personnes ... sans but de lucre» peuvent réaliser des actes commerciaux. Par conséquent, l'acte de commerce n'exige plus un but de lucre.

28. Cette définition est même élargie pour l'application de la section consacrée aux clauses abusives. En effet, l'art. 31, § 2, 2^o, de la LPC étend la notion de vendeur à «toute autre personne physique ou morale (...) qui, dans un contrat conclu avec un consommateur, agit dans le cadre de son activité non professionnelle».

simple particulier ne peut être considéré comme vendeur lorsqu'il vend occasionnellement un bien, car la vente ou l'offre de vente ne se déroule pas dans le cadre d'une activité professionnelle²⁹. À nouveau, une requalification de l'activité en « professionnelle » pourrait, à notre sens, être opérée au cas par cas lorsqu'un particulier développe son activité de vente à distance. Il serait précieux d'établir une liste de critères qui permettraient d'apprécier le caractère professionnel ou non d'une activité. Cette série d'indices permettrait d'unifier les pratiques administrative et judiciaire.

c) Qualification de « prestataire de services de la société de l'information » – Loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique

Pour rappel, les prestataires de services de la société de l'information qui entrent dans le champ d'application de cette loi sont tenus de respecter un certain nombre d'obligations liées à des garanties de transparence et d'information sur les réseaux.

La notion de prestataire s'articule autour de la notion de service de la société de l'information.

Il convient de déterminer si le fait de vendre occasionnellement un bien via une plate-forme de mise en relation entre ou non dans le champ de la notion de « service de la société de l'information ».

Pour rappel, le service de la société de l'information est défini comme « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service* »³⁰. Cette définition est reprise de celle énoncée par la directive sur le commerce électronique.

Il est essentiel d'analyser ce que couvre la notion de « service » comprise dans cette définition. La Commission européenne se réfère habituellement à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui considère que la notion de service implique l'exercice d'une activité économique, au sens de l'article 2 du Traité CE³¹, et, aux termes de l'article 49 du même Traité, il est requis une participation temporaire de l'intéressé à la vie économique de l'État membre d'accueil³². En ce qui concerne la « rémunération », la Cour a également précisé que « *la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause* »³³.

Cependant, la Commission considère que toute personne vendant des biens sur un site d'enchères ne peut être assimilée automatiquement à un prestataire de services de la société de l'information. Cet examen de la qualité du prestataire doit être réalisé pour chaque cas d'espèce en fonction des circonstances propres à la cause³⁴.

29. T. BOURGOIGNIE, « La protection des intérêts économiques des consommateurs. Garantie légale et garanties contractuelles », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., t. XI, l. 109.1, Bruxelles, Kluwer, p. 13.

30. Voy. l'art. 2 de la loi sur le commerce électronique du 11 mars 2003.

31. C.J.C.E., 11 septembre 2003, *Anomar*, aff. C-6/01, pt 44.

32. C.J.C.E., 13 février 2003, *Commission c/ Italie: agents de brevets*, aff. C-131/01, pts 22-23.

33. C.J.C.E., 7 décembre 1993, *Wirth*, aff. C-109/92, pt 15.

34. Notons que pour ces mêmes raisons, la Commission constate que les exploitants de sites de mise en relation n'enfreignent pas l'obligation de transparence de la directive sur le commerce électronique en laissant leurs utilisateurs recourir à des pseudonymes dans l'utilisation de leur service.

Selon nous, dans certaines hypothèses, un particulier peut être considéré comme un prestataire de services de la société de l'information. Outre les critères déjà évoqués aux points précédents, il conviendra d'examiner si le particulier exerce effectivement une activité économique et participe, même temporairement, à la vie économique de l'État concerné. Le particulier assimilé à un prestataire de services de la société de l'information sera tenu aux obligations de transparence et d'information imposées par la loi sur le commerce électronique (art. 7 et 8).

d) Quel régime pour le particulier sur un site de mise en relation ?

Rappelons tout d'abord qu'un particulier qui vend sur l'internet n'est pas dans une zone de non-droit... Il est tenu de respecter le droit des obligations en ce qui concerne la conclusion et l'exécution du contrat de vente. De même, il peut être tenu à des obligations fiscales, voire sociales.

Le développement du commerce entre particuliers risque encore de s'accroître dans les prochaines années. La difficulté est de tracer une limite entre la vente occasionnelle d'un bien et l'organisation d'un véritable commerce parallèle.

On se trouve devant deux écueils. D'un côté, il n'est pas souhaitable d'imposer des obligations trop lourdes, voire des sanctions, au particulier qui souhaite uniquement utiliser un service électronique de mise en relation de temps à autre. Cette pratique ayant toujours existé – tels les services de petites annonces dans les journaux –, elle doit également trouver sa place sur l'inter-

net. De l'autre, il n'est pas plus acceptable de laisser se développer des activités commerciales par des particuliers sans qu'ils n'aient à supporter les mêmes charges qu'un commerçant. Il s'agit d'une concurrence déloyale pour les commerçants en ligne et hors ligne qui respectent une législation plus contraignante. En outre, en termes de protection du consommateur, les ventes entre particuliers se réalisent sans garantie et garde-fou légaux³⁵.

Selon nous, il y a lieu de développer un ensemble de critères pour cerner le statut d'un particulier. À cet égard, on peut utilement se référer à la recommandation du Forum français des droits de l'internet, qui a établi une liste d'indices qui permettent de qualifier de « professionnel » un particulier qui vendrait des biens sur internet³⁶:

- la régularité de l'activité;
- le caractère lucratif de l'activité;
- l'intention d'avoir une activité professionnelle (la réalisation d'actes de commerce et l'existence d'un système organisé de vente à distance).

En revanche, il est déconseillé d'avoir recours à des critères basés sur des seuils de chiffre d'affaires ou de bénéfice qui ne s'avèrent pas toujours pertinents.

L'établissement d'une liste de critères pourra être discuté et faire l'objet de consultations au sein d'associations, d'organes de concertation, ou faire l'objet d'un avis de l'Observatoire des droits de l'internet.

Par ailleurs, les plates-formes de mise en relation ont également un rôle à jouer. En effet, il est fondamental

35. Notons que le système de cotations par les utilisateurs instaure une sorte de contrôle minimum sur le service rendu par un vendeur.

36. Le Forum des droits sur l'internet, « Commerce entre particuliers sur l'internet – Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation ? », *op. cit.*, p. 36.

qu'elles développent des outils pour permettre aux professionnels de s'identifier comme tels. D'ailleurs, certaines plates-formes proposent des outils spécifiques à destination de leur clientèle professionnelle. En outre, ces plates-formes doivent, à notre sens, attirer l'attention de leurs utilisateurs particuliers sur

le fait que leurs activités peuvent, à certaines conditions, être qualifiées de «professionnelles». Sans aller jusqu'à exiger un contrôle permanent et proactif, on peut néanmoins attendre de leur part qu'elles avertissent les particuliers qui auraient une activité importante en termes de volume ou de flux financier.

Chapitre 2

Les forums et les blogs

Les forums de discussion (ou «newsgroups») et les blogs sont, par nature, des lieux où l'on entend défendre la liberté d'expression et permettre l'échange d'informations. Ces sites sont généralement publics et permettent à toute personne intéressée de s'exprimer ou de débattre en ajoutant sa contribution. Les forums permettent également la circulation de contenus illicites ou préjudiciables (contenu diffamant, contenu portant atteinte au droit d'auteur, au respect de la vie privée ou du droit à l'image, etc.). Ces questions connaissent une nouvelle actualité avec l'essor récent des blogs, sortes de journaux intimes tenus par un internaute et où les visiteurs peuvent participer en laissant leurs commentaires.

Ce chapitre vise à présenter succinctement ces services offerts en ligne et leurs principaux acteurs (I) pour ensuite analyser le régime de responsabilité qui s'y applique (II).

I. Notions générales

1. Les forums de discussion et les blogs

Il existe différents types de forums et de blogs, que l'on peut distinguer sur base de critères techniques.

a) Forum de discussion

Un forum de discussion est un lieu de rencontre et d'échange sur un thème déterminé qui permet à ses utilisateurs de laisser des messages qui restent généralement accessibles à tous.

Certains forums sont des sites spécialisés dédiés uniquement à la discussion (p. ex. le site <<http://forum.hardware.fr>> relatif au matériel informatique) tandis que certains sont associés à un site particulier (p. ex. : le site du journal Libération, qui dispose d'un forum pour chaque article). Certains forums sont privés ou utilisés uniquement au sein d'une société ou d'une administration, par exemple via l'intranet.

Un forum de discussion se distingue de la messagerie instantanée ou de l'IRC («*internet Relay Chat*»), car il ne permet pas de dialoguer instantanément et conserve un enregistrement des messages. Comme pour le courrier électronique, un forum de discussion ne permet pas de discussion en direct.

Nous nous limiterons à l'analyse des forums publics où l'ensemble des discussions est accessible et visible par tous les utilisateurs.

b) Blog (ou bloc-note)

Le nom «blog» provient de l'association des termes anglais «web» (toile) et «log» (journal). La traduction française est parfois «blogue», «bloc-notes» ou même «bloc».

Le blog se présente comme un journal personnel interactif où le «blogueur» fait part de son point de vue au jour le jour et permet au lecteur d'y réagir en laissant des messages. Ainsi, une sorte d'interactivité s'installe entre le «blogueur», qui alimente régulièrement son site, et ses lecteurs, qui prennent l'habitude de contribuer au blog par leurs commentaires.

Le succès des blogs provient de la facilité d'utilisation des outils techniques nécessaires à leur création et gestion. Les blogs permettent ainsi à n'importe quel internaute d'avoir son lieu d'expression sur internet sans connaissance technique préalable. Les blogs deviennent des médias alternatifs qui sont utilisés par toutes les catégories de la population. Ainsi, on retrouve des blogs réalisés par des hommes politiques, des artistes, des journalistes, des adolescents, de simples citoyens, etc.

Chaque blog est généralement classé par sujet ou date et offre souvent un moteur de recherche par mot clé. Un blog se distingue d'un site personnel par sa mise à jour quotidienne, la possibilité d'interactivité et de contribution des lecteurs ou encore la facilité de renvois vers son contenu (système dit de «track-back»). De nouveaux types de blogs apparaissent aujourd'hui, avec uniquement des photos (photoblogs),

de la musique ou des sons (via podcast) ou des vidéos (vidéoblogs).

On peut considérer que les échanges entre le blogueur et ses lecteurs sont similaires aux différentes contributions d'un forum de discussion. Le même régime juridique sera d'application.

2. Les acteurs du forum et d'un blog

On peut principalement distinguer trois types d'acteurs³⁷.

Le premier acteur est le *prestataire qui fournit une solution technique* de forums de discussion ou de blogs. Il s'agit d'un simple intermédiaire technique qui ne joue aucun rôle sur le contenu du forum. Son rôle se rapproche pratiquement de celui d'hébergeur (cf. *infra*).

Le second acteur est le *créateur et gestionnaire du forum de discussion ou du blog*. Il s'agit de la personne centrale qui a créé le forum et l'organise à sa guise. Cette personne dispose généralement des moyens techniques pour ajouter ou supprimer un contenu au blog ou au forum. Dans certains forums importants, le créateur du forum délègue la gestion et l'administration du forum à des *modérateurs*. Ceux-ci ont pour fonction de superviser le contenu des messages et ont, en principe, les prérogatives pour supprimer un contenu et jouer le rôle de médiateur en cas de différends entre les utilisateurs³⁸.

Le troisième acteur est l'internaute qui utilise ou participe à un forum ou à un blog. L'utilisateur de tels espaces peut se contenter de prendre connais-

37. Le Forum des droits sur l'internet, «Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web?», recommandation du 8 juillet 2003, disponible sur www.foruminternet.org.

38. Certains distinguent encore, au sein des organisateurs de forum, une troisième catégorie : les animateurs. Ce sont les personnes chargées de lancer et d'alimenter les débats sans avoir de pouvoir d'administration du site en tant que tels. Souvent, ce rôle est également joué par les modérateurs ou le créateur du site.

sance du site, mais peut également participer en apportant sa contribution ou ses commentaires. Ainsi, des internautes peuvent contribuer de manière substantielle au contenu d'un forum ou d'un blog.

3. Le code de bonne conduite ou la charte d'utilisation

Certains forums ont établi des bons usages sous la forme d'un code de bonne conduite. Le ou les modérateur(s) seront généralement chargés de son application et son respect par les participants. Ce code, plus ou moins élaboré, prévoit les contenus autorisés et interdits, les règles d'usages et éventuellement des sanctions.

Il convient d'encourager les organisateurs de forums de discussion et de blogs à prévoir et à afficher un code de bonne conduite ou une charte d'utilisation qui rappelle de manière claire les droits et devoirs de chacun. En particulier, cette charte devrait indiquer quel système de modération est mis en place ainsi que la procédure en vigueur si un utilisateur souhaite se plaindre du contenu d'un message.

4. La modération des messages

La modération consiste à trouver la juste mesure dans le contenu des messages diffusés sur le forum en évitant tout propos illicite (injurieux, diffamatoire, ou à caractère raciste, xénophobe, etc.). L'activité de modération consistera également à vérifier que le contenu des messages se conforme au code de conduite établi par le forum et à apaiser les éventuelles tensions nées des échanges entre les intervenants. Le cas échéant, le modérateur aura la possibilité d'effacer partiellement ou totalement un message, supprimer l'inscrip-

tion d'un membre ou appliquer toute sanction prévue dans la charte.

La modération peut être effectuée *a priori* ou *a posteriori*.

La modération *a priori* est réalisée avant que le message ne soit accessible sur le forum ou le blog. Dans ce cas, le modérateur validera ou non les messages qui lui sont soumis avant leur publication. Cette méthode présente l'avantage d'éviter qu'un contenu problématique soit accessible même temporairement. Toutefois, la gestion d'un tel système est lourde, car elle nécessite un examen systématique de tous les messages entrants de la part du modérateur ou du gestionnaire du forum. Un second inconvénient est le délai entre le moment où le message est proposé et celui où il est effectivement publié. Ce laps de temps peut être préjudiciable au caractère interactif et dynamique du site.

À l'inverse, la modération *a posteriori* intervient après que le message a été publié sur le forum ou le blog. Dans cette hypothèse, le contrôle se fait spontanément par le modérateur ou après qu'il a été averti par un autre utilisateur. Ce type de modération présente le risque que des messages non souhaités soient publiés et restent accessibles jusqu'à leur découverte et suppression. Ainsi, dans bien des cas, l'intervention du modérateur risque d'arriver trop tard par rapport à la commission de l'infraction (p. ex., en cas de diffamation). L'effacement du message *a posteriori* pourra néanmoins contribuer à limiter le dommage.

II. Principes

Pour rappel, la question de la responsabilité des fournisseurs de forum ou de blog n'est pas réglée dans la directive

commerce électronique, ni dans la loi belge du 11 mars 2003 qui la transpose. En principe, ces derniers ne bénéficient donc pas d'une exonération de responsabilité pour une telle activité.

Cependant, il convient d'examiner si la définition de l'activité d'hébergement exonérée par la loi ne pourrait pas être interprétée largement et inclure l'activité d'organisation d'un forum ou d'un blog (1). En l'absence de réglementation belge spécifique en matière de forum ou de blog, il faut se tourner vers le régime de responsabilité de droit commun organisé par les articles 1382 et 1383 du Code civil (2).

1. Responsabilité du fait de la publication de messages ayant un contenu illicite

Il va de soi que la responsabilité relative à la diffusion d'un message sur un forum de discussion ou un blog incombe en premier chef à son auteur. En d'autres termes, celui qui est à l'origine du message posté est responsable des préjudices éventuels causés par sa diffusion. Si l'auteur est le blogueur ou l'organisateur du forum, il sera responsable des propos qu'il publie si ceux-ci constituent une infraction pénale (p. ex., un message diffamatoire) ou causent un dommage à autrui (p. ex., une atteinte au droit d'auteur).

En outre, les organisateurs ou modérateurs d'un forum de discussion ou d'un blog peuvent également être tenus pour responsables des messages postés par des tiers sur leur forum ou sur leur blog.

En matière *pénale*, l'exploitant d'un forum de discussion ou d'un blog pourrait ainsi être considéré comme complice (C. pén., art. 67) ou comme coauteur s'il a directement ou indirectement contribué à la publication du message (C. pén., art. 66)³⁹. Nous ne développerons pas ici la responsabilité pénale, qui nécessiterait une analyse particulière.

En matière *civile*, leur responsabilité pourra être recherchée sur la base non seulement de l'article 1382 du Code civil, mais également en application de l'article 1383 du Code civil, qui prévoit que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* ».

Le Forum français des droits sur l'internet indique que la mise en œuvre de la responsabilité civile fondée sur le droit commun pourrait se baser sur le triptyque : pouvoir/savoir/inertie⁴⁰.

Premièrement, l'organisateur du forum ou du blog doit avoir la possibilité d'intervenir pour avoir sa responsabilité engagée (« pouvoir »). Deuxièmement, l'organisateur doit avoir eu connaissance du message illicite, par exemple en ayant été averti par un utilisateur (« savoir »). Troisièmement, il convient d'examiner si l'organisateur est ou non intervenu après avoir eu connaissance du message illicite en se basant sur le critère du bon père de famille ou de la personne raisonnable (« inertie »).

Selon nous, ce référentiel français, basé sur la jurisprudence, connaît des limites. D'une part, cette application re-

39. La question de l'application du régime de responsabilité en cascade aux intermédiaires des nouveaux réseaux de communication est une question controversée en droit belge. Une doctrine majoritaire estime que ce régime ne trouve pas à s'appliquer pour différentes raisons. Cf. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », vol. 3, in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, dossier 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 12.

40. Le Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ? », *op. cit.*, p. 29.

vient en pratique à admettre une exonération de responsabilité comme pour les hébergeurs. D'autre part, l'organisateur sera dans une position inconfortable lorsqu'il devra apprécier la licéité ou non d'un contenu. Par mesure de prudence, dès qu'il sera averti d'un contenu « suspect », le gestionnaire d'un blog ou d'un forum sera tenté de le supprimer pour éviter de voir sa responsabilité égarée.

Encore reste-il à déterminer si l'organisateur d'un forum de discussion ou d'un blog est susceptible de bénéficier d'une extension du régime de faveur d'exonération de responsabilité prévu pour les hébergeurs.

2. Un organisateur de forum ou de blog peut-il bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement ?

Pour rappel, la loi sur le commerce électronique décrit l'activité d'hébergement comme la « *fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service (...)* » (L. 11 mars 2003, art. 20). En droit belge, l'activité d'hébergement consiste à stocker des informations fournies par des tiers et à leur demande.

Selon nous, l'intermédiaire qui fournit l'infrastructure technique de stockage (serveur, mémoire ...) exerce une activité d'hébergement susceptible d'être exonérée. Cet intermédiaire se limite, en effet, à fournir un outil technique qui sera exploité par un tiers pour mettre en place un forum de discussion ou un blog.

S'agissant de l'organisateur du forum ou du blog en tant que tel, la question est plus complexe. Cet intermédiaire ne dispose pas d'infrastructure technique de stockage d'informations. Généralement, il sous-traite au prestataire technique susmentionné l'hébergement physique du forum ou du blog⁴¹.

En l'absence de stockage physique propre, un organisateur d'un forum ou d'un blog peut-il bénéficier du régime spécial prévu pour les fournisseurs d'hébergement ?

Selon nous, la réponse peut être affirmative à certaines conditions.

En premier lieu, il convient de s'assurer que l'organisateur du forum ou du blog est un prestataire de services de la société de l'information. Il n'est pas certain à cet égard que l'organisateur en question preste un « service » au sens de la jurisprudence communautaire comme nous l'avons développé lors de l'analyse du statut du particulier dans un site de mise en relation.

En second lieu, le bénéfice de cette exonération ne peut bénéficier qu'aux forums modérés *a posteriori*. En effet, si le forum est modéré *a priori*, l'organisateur du forum sera en mesure d'exercer un contrôle sur le contenu des messages avant leur publication. Par conséquent, il ne pourra contester qu'il aura eu effectivement connaissance du caractère éventuellement illicite d'un message posté par un tiers.

Cette approche différenciée sur la base du type de modération du forum suscite des critiques⁴². Selon certains, elle risque d'encourager les organisateurs de forums à recourir à la modéra-

41. Le législateur européen semble avoir ignoré la question de la responsabilité des forums, qui n'était pas encore d'actualité au moment de la discussion du projet de directive.

42. Le Forum des droits sur l'internet, « Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le web ? », *op. cit.*, p. 33.

tion *a posteriori* au détriment de celle *a priori*. Or, c'est précisément ce second type de modération qui permet le meilleur contrôle du contenu en examinant préalablement et systématiquement les messages avant leur publication. Cette critique ne manque pas de pertinence mais, en l'état actuel de la législation, il nous semble difficile de faire l'impasse sur la condition légale d'absence de connaissance requise pour bénéficier de l'exonération.

En troisième lieu, l'organisateur ne pourra être exonéré que pour son activité d'hébergement, c'est-à-dire de stockage, de messages fournis par des tiers. Si l'organisateur exerce une activité d'éditeur, même minime, il pourra voir sa responsabilité engagée comme tout éditeur de contenu en application du droit commun. Ainsi, l'organisateur d'un forum n'exerce plus une activité d'hébergement s'il poste un message, voire même s'il ouvre un forum dont le thème a un caractère illicite (p. ex., forum à caractère raciste, pédophile, etc.).

Par ailleurs, des questions pratiques demeurent quant à la mise en œuvre du régime d'exonération en matière d'hébergement. Nous renvoyons à cet égard à nos commentaires développés à l'égard du régime des sites de mise en relation.

En France, la jurisprudence semble avoir franchi le pas en étendant aux organisateurs de forums de discussion le régime allégé de responsabilité pour les fournisseurs d'hébergement.

Il faut d'abord noter que la définition en droit français de l'activité d'hé-

bergement diffère légèrement de celle prévue en droit belge. La législation française les définit comme « *les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services (...)* »⁴³. Il est ainsi question de « *stockage direct et permanent* », ce qui réduit encore la portée de l'activité d'hébergement.

Pendant, malgré cette définition plus restrictive qu'en droit belge, certains juges français ont considéré que les organisateurs de forums avec une modération *a posteriori* pouvaient être considérés comme des hébergeurs.

Ainsi, le Tribunal de grande instance de Paris a estimé qu'« *au titre du service offert, relatif à la mise en place de forums permettant aux utilisateurs d'échanger entre eux des messages, (...) la société Finance Net doit être considérée comme assurant sur ce point le stockage direct et permanent pour mise à disposition de message au sens de l'article 43-8 (...)* »⁴⁴. Plus récemment, le Tribunal de grande instance de Lyon a considéré que: « *désormais le responsable d'un forum non modéré ou modéré a posteriori doit être considéré comme un hébergeur au sens de la loi puisqu'il assure le stockage direct des messages diffusés sans porter de regard préalable sur ces derniers* »⁴⁵.

Dans les prochaines années, il conviendra d'examiner si la jurisprudence belge évolue également en ce sens.

43. Art. 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986, J.O.R.F., n° 177 du 2 août 2000, p. 11903.

44. TGI Paris (réf.), 18 février 2002, aff. *Finance net – Boursorama*, disponible sur www.foruminternet.org.

45. TGI Lyon (14^e ch. corr.), 21 juillet 2005, n° jugement 5959, inédit.

Dans une société de l'information en perpétuelle évolution, les prestataires intermédiaires sont amenés à offrir des services sans cesse innovants et inédits. Parmi ceux-ci, les fournisseurs de sites de mise en relation, de forums ou de blogs rencontrent un succès important.

Cette contribution a tenté de clarifier le mode de fonctionnement de ces services, les pratiques en vigueur et d'identifier les différents acteurs en présence. Cet état des lieux a également permis de préciser le cadre juridique de responsabilité applicable ainsi que les obligations respectives de chacun des intervenants. En règle générale, le recours au droit commun de la responsabilité civile et au droit des obligations permet d'apporter des réponses à un grand nombre de questions.

Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 mars 2003 sur le commerce électronique, un prestataire qui exerce une activité d'hébergement peut bénéficier d'une exonération de responsabilité moyennant le respect de conditions strictes. Dans certaines hypothèses, un site de mise en relation, un forum ou un blog peut, à notre sens, exercer une activité assimilable à de l'hébergement au sens de la loi. Une appréciation *in concreto* du fonctionnement et de la nature de chaque activité exercée par le prestataire devra être opérée afin d'éviter d'aboutir à une exonération automatique. Ainsi, un forum modéré *a posteriori* (et non un forum modéré *a priori*) ainsi que le site de mise en relation, qui stocke des petites annonces, pourraient théoriquement prétendre à une telle exonération. Dans le cadre de ces activités déterminées,

les intermédiaires seraient aussi légalement dispensés de l'obligation générale de surveillance des informations transmises ou stockées et de recherche active des faits ou des circonstances révélant des activités illicites. Cette interprétation, extensive et audacieuse, aurait l'avantage de la souplesse en évitant de recourir à une nouvelle réforme législative.

Cependant, le cadre légal est loin de répondre à toutes les questions soulevées par les services offerts par ces nouveaux intermédiaires, dont celles du statut du particulier sur un site de mise en relation ou de la mise en œuvre des conditions d'exonération et des modalités de collaboration entre les intermédiaires et les autorités.

La mise en place d'une procédure de notification, de retrait ou de blocage de contenu illicite («*notice and take down procedure*») pourrait dès lors permettre de pallier aux incertitudes rencontrées dans l'interprétation de certaines dispositions de la loi. On pense ici aux notions floues de «connaissance effective» dans le chef de l'intermédiaire ou à l'appréciation du caractère «manifestement illicite» ou non d'un contenu. En outre, les obligations légales de collaboration des intermédiaires avec les autorités judiciaires et administratives mériteraient d'être renforcées et clarifiées à l'avenir. Ces modifications pourraient être apportées, soit par la voie législative⁴⁶, soit au moyen d'accords de collaboration entre les autorités compétentes et les prestataires tels que le protocole signé entre l'ISPA et les autorités compétentes.

46. En novembre 2006, la Commission européenne a, d'ailleurs, lancé une étude en vue d'évaluer le fonctionnement du cadre actuel en matière de responsabilité des intermédiaires (art. 21 de la Dir. 2000/31/CE sur le commerce électronique) et d'envisager éventuellement l'adoption de mesures complémentaires.

Soulignons que des actions complémentaires pourraient être envisagées. Ainsi, les organes de consultation peuvent avoir un rôle à jouer en formulant des avis en concertation avec les acteurs économiques concernés. L'Observatoire des droits de l'internet pourrait s'inspirer de son voisin français, le Forum des droits sur l'internet, en adoptant des positions originales et pragmatiques sur les questions de responsabilité des intermédiaires. En France, ces positions, négociées avec l'ensemble des intervenants, prennent généralement la forme de recommandations précises qui s'adressent tant aux consommateurs qu'aux professionnels, voire parfois même aux magistrats⁴⁷.

Dans l'attente de la mise sur pied d'un système effectif de procédure de notification et retrait, il convient également d'encourager chacun des intermé-

diaires à mettre en place des procédures d'avertissement des contenus illicites sur leurs sites. La forme de ces procédures dépendra de l'importance des services et des contenus proposés par l'intermédiaire. Ainsi, on peut imaginer une simple mention d'avertissement avec l'indication d'une adresse e-mail de contact du prestataire jusqu'à une procédure formalisée avec un formulaire détaillé disponible en ligne. En outre, un renvoi vers le point central de signalement en ligne mis en place par le SPF Économie et la Police fédérale (www.ecops.be) constitue également une solution intéressante.

Il est clair que la responsabilité des intermédiaires est une problématique à multiple facettes qui requiert un concours d'actions et d'initiatives convergentes pour être appréhendée à sa juste mesure.

47. Ces recommandations s'accompagnent généralement d'«outils pratiques», tels que des modèles de charte pour les forums, des clauses types ou des grilles d'interprétation pour les juges.