Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des intermédiaires de l'Internet

De Patoul, Fabrice; Vereecken, Isabelle

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
De Patoul, F & Vereecken, I 2004, 'La responsabilité des intermédiaires de l'Internet: première application de la loi belge, note sous Cass. (2èch.), 3 février 2004', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 19, p. 51-59.

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.

Download date: 15. May. 2024

JURISPRUDENCE

Cassation (2e ch.), 3 février 2004

Note d'observations de Fabrice DE PATOUL[1] *et d'Isabelle* VEREECKEN[2,3]

R. V. (MMes S. Doukhopelnikoff, T. De Meese et C. De Preter) c. ministère public

RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET – HÉBERGEMENT D'HYPERLIENS – RÉTROACTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE

En vertu de l'article 2 du Code pénal, la loi du 11 mars 2003 s'applique également à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur dès lors qu'elle insère une cause exclusive de peine.

Un exploitant de site web, à partir duquel des tiers peuvent établir des hyperliens, ne peut prétendre en qualité de prestataire de services à la cause exclusive de peine prévue aux articles 18 et 20, § 1er, de la loi précitée si l'installation des hyperliens se faisait sous son contrôle et à sa connaissance.

(Traduction libre)

I. La décision attaquée

Le pourvoi est dirigé contre l'arrêt rendu le 7 octobre 2003 par la cour d'appel d'Anvers, chambre correctionnelle.

[...]

IV. La décision de la Cour

A. Sur les moyens

1. Premier moyen

Attendu que l'article 779, alinéa 1er, du Code judiciaire prévoit que le jugement ne peut être rendu que par le nombre prescrit de juges qui doivent avoir assisté à toutes les audiences de la cause, le tout, à peine de nullité;

Attendu qu'il n'est pas requis que le juge qui a participé au délibéré et qui est légitimement empêché au moment de la décision et remplacé ensuite de l'ordonnance du premier président de la cour d'appel, soit présent aux audiences au cours desquelles la cause est remise à une date ultérieure en raison d'un délibéré ultérieur;

Que le moyen manque en droit;

2. Deuxième moyen pris dans son intégralité

Attendu que l'article 20, § 1er, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'informa-

1. Chercheur au C.R.I.D. et avocat au barreau de Bruxelles.
2. Chercheuse au C.R.I.D.
3. Les auteurs tiennent à remercier Etienne Montero et Christoph De Preter pour leurs conseils avisés.

tion, prévoit qu'en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service, à condition :

1° qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information; ou

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 et pour autant qu'il agisse conformément au § 3 de cette disposition;

Que le § 2 de ce même article prévoit que le § 1er ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire;

Attendu que l'article 18 de ladite loi décharge également, sous certaines conditions, le prestataire de services de la responsabilité des informations transmises en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication;

Attendu que, cependant, ces dispositions ne prévoient l'exclusion de la responsabilité que pour chaque prestataire de services qui agit en tant qu'intermédiaire au sens de cette loi du 11 mars 2003, dans la mesure où son activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise ou stockée;

Attendu que cette loi est entrée en vigueur le 27 mars 2003, à savoir au cours du délibéré de la cour d'appel; que, insérant une cause exclusive de peine, cette loi s'applique également à des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur;

Attendu que le demandeur allègue que l'activité mise à charge consiste en l'exploitation d'un site web à partir duquel des tiers peuvent installer des hyperliens vers d'autres sites web et que l'arrêt n'applique pas à tort les causes exclusives de peine énoncées aux articles 18 et 20 de la loi susmentionnée, dispositions qu'il y a lieu d'appliquer à l'activité incriminée en raison de l'article 2 du Code pénal;

Attendu que les juges d'appel ont constaté « qu'en effet, la participation du (demandeur) dans la diffusion de pornographie enfantine via internet consistait à avoir acheté, développé et exploité économiquement un site web à partir duquel était proposé, sous le couvert de sa responsabilité, un ensemble d'hyperliens ayant clairement un dénominateur commun, à savoir des images de pornographie enfantine » et que l'argument du demandeur selon lequel l'exploitant du site ne peut être tenu responsable « du contenu concret des sites web auxquels renvoient les hyperliens, ne tient pas la route dès lors que son implication ressort assurément du fait même que les hyperliens ont été réunis et proposés sur son site, ce effectivement à sa connaissance malgré ses dénégations »;

Que, par ailleurs, ils ont décidé « qu'en effet, il ressort des propres déclarations du prévenu à l'audience du premier juge qu'il était bien impliqué dans la publication d'hyperliens à partir desquels de la pornographie enfantine illégale était accessible via son site web [...] »;

Attendu qu'il ressort de ces motifs exposés par les juges d'appel qu'ils ont décidé que l'installation d'hyperliens par des tiers

sur le site web du demandeur s'effectuait sous son contrôle et à sa connaissance;

Attendu qu'il en résulte que le demandeur ne peut prétendre en qualité de prestataire de services à la cause exclusive de peine prévue aux articles 18 et 20, § 1er, de la loi précitée;

Qu'en alléguant la violation de la loi du 11 mars 2003 et de l'article 2 du Code pénal, le moyen ne peut être accueilli;

Attendu que, pour le surplus, dans la mesure où il invoque la violation de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, le moyen ne soutient pas que la loi du 11 mars 2003 contiendrait une transposition non correcte de cette directive;

Qu'à défaut d'intérêt, le moyen est également irrecevable;

3. Troisième moyen

Attendu que, déduit de l'illégalité invoquée à tort par le deuxième moyen, le moyen est, partant, irrecevable;

4. Quatrième moyen

Attendu que, sans préjudice de l'application des articles 379 et 380 du Code pénal, l'article 383*bis*, § 1er, dudit Code punit quiconque aura exposé, vendu, loué, distribué, diffusé ou remis des emblèmes, objets, films, photos, diapositives ou autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou présentant des mineurs ou les aura, en vue du commerce ou de la distribution, fabriqués ou détenus, importés ou fait importer, remis à un agent de transport ou de distribution;

Attendu qu'il y a également lieu d'entendre par exposition au sens de ladite disposition, l'installation sur un site web d'hyperliens vers des emblèmes, objets, films, photos, diapositives ou autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant ou présentant des mineurs d'âge;

Que le moyen ne peut être accueilli;

[...]

PAR CES MOTIFS,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne le demandeur aux frais.

[...]

La responsabilité des intermédiaires de l'internet : première application de la loi belge

Cet arrêt mérite de retenir l'attention à un double titre.

En effet, il s'agit d'une des premières décisions faisant application du régime de la responsabilité des prestataires intermédiaires mis en place par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI)[4]. En outre, cette décision émane de la Cour de cassation.

Revenons d'abord brièvement sur les faits. Un particulier avait créé un site Internet à l'adresse « illegalwebs.com » sur la page d'accueil de laquelle était rendu accessible un ensemble d'hyperliens renvoyant vers du contenu à caractère pédophile. Le site offrait à ses utilisateurs un service payant par lequel ceux-ci pouvaient, moyennant un identifiant et un mot de passe, accéder au site pour y ajouter des hyperliens.

Sur la base notamment des dispositions des articles 379, 380 et 380bis du Code pénal, l'auteur du site fut poursuivi pour avoir enregistré sur le disque dur de son ordinateur portable des images à caractère pornographique impliquant des mineurs et pour avoir diffusé de telles images sur l'Internet via le site web dont il était titulaire[5].

En première instance, le Tribunal correctionnel d'Hasselt condamna l'exploitant du site à une peine d'emprisonnement de deux ans[6]. La Cour d'appel d'Anvers confirma cette décision[7]. La Cour de cassation fut à son tour saisie et son arrêt fait l'objet du présent commentaire.

Le pourvoi en cassation se justifiait principalement par l'entrée en vigueur de la LSSI au cours du délibéré de la Cour d'Appel.

Pour mémoire, cette loi prévoit une absence d'obligation générale de surveillance en faveur des prestataires intermédiaires de l'Internet, et établit une exonération de leur responsabilité, civile ou pénale, lorsqu'ils exercent certaines activités. Il s'agit des activités de simple transport (transmission sur les réseaux et fourniture d'accès à un réseau de communication), d'hébergement et de stockage de l'information sous la forme de « cache ». Les autres activités, telles que la production et l'édition de contenu ou la simple fourniture d'hyperliens ressortissent au droit commun de la responsabilité[8].

4. Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963. Cette loi transpose en droit belge 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.*, n° L-178 du 17 juillet 2000, p. 1. A cet égard, le législateur a adopté deux lois distinctes : la loi susmentionnée et 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. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, on relève une autre décision relative à cette loi mais en matière de spamming : Comm. Nivelles (cessation) 26 novembre 2003, *inédit*, R.G. A/03/01852 disponible sur le site http://www.droit-technologie.org; voy. également la note de B. DOCQUIR, *R.D.C.*, 2004, pp. 508-509.
5. Articles 379, 380 et 380*bis* du Code pénal belge introduits par la loi du 13 avril 1995 contenant des dispositions en vue de la répression de la traite des êtres humains et de la pornographie enfantine, *M.B.*, 25 avril 1995, modifiée par la loi du 28 novembre 2000 sur la protection des mineurs, *M.B.*, 17 mars 2001.
6. Corr. Hasselt, 18e ch., 1er mars 2002, inédit, R.G. n° 00392.
7. Anvers, 10e ch., 7 octobre 2003, *Computerr.*, 2004, n° 2, pp. 85-87, note C. DE PRETER.
8. Chaque exonération de responsabilité doit être envisagée en fonction de l'activité exercée : « le fait qu'un prestataire remplisse les conditions pour être exonéré de responsabilité pour une activité donnée ne l'exonère pas de sa responsabilité pour toutes ses autres activités » (« Commentaire article par article de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur », présentée par la Commission, 18 nov. 1998, COM (1998) 586 final, p. 28).

En l'espèce, la Cour de cassation estime que ces exonérations légales de responsabilité constituent des causes exclusives de peine. En vertu de l'article 2 du Code pénal, si une peine établie au temps du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte doit être appliquée[9]. La cour d'appel devait donc prendre en considération la loi du 11 mars 2003.

Le site litigieux permettait à des tiers d'installer des hyperliens vers d'autres sites Internet. Le titulaire du site a soutenu qu'il exerçait une activité exonérée au sens de la loi puisqu'il n'avait pas placé lui-même directement les hyperliens sur le site. Par conséquent, il entendait bénéficier des exonérations légales prévues pour l'activité d'hébergement et pour la fonction de simple transport de l'information.

La Cour de cassation rappelle que les exonérations de responsabilité ne sont prévues qu'à l'égard des prestataires de service qui agissent en tant qu'intermédiaires. En l'absence de définition légale, la Cour considère qu'un intermédiaire est celui dont « l'activité revêt un caractère purement technique, automatique et passif, ce qui implique que l'intermédiaire ne connaît pas et n'exerce pas de contrôle sur l'information qui est transmise et stockée ».

La Cour de cassation établit ensuite qu'il ressort des motifs de la décision d'appel que le titulaire du site était impliqué dans la publication d'hyperliens sur son site. En d'autres termes, l'introduction des hyperliens par des tiers avait bien été effectuée sous le contrôle et à la connaissance du titulaire du site. Selon la Cour de cassation, il ne peut prétendre à la qualité d'intermédiaire dès lors qu'il connaissait et contrôlait le contenu de l'information qui était transmise ou stockée via son site. Les moyens fondés sur une violation de la loi du 11 mars 2003 sont ainsi rejetés.

Si le raisonnement de la Cour de cassation est correctement articulé, il apparaît relativement confus sur le fond. Cet arrêt nous donne l'occasion de revenir sur la définition d'intermédiaire (1) et de s'interroger sur la notion d'activité d'hébergement[10] (2). Par ailleurs, nous proposerons un raisonnement en plusieurs étapes afin de faciliter la mise en œuvre du régime de responsabilité des intermédiaires (3).

1. La définition de l'intermédiaire

A juste titre, la Cour examine préalablement si le demandeur en cassation peut être qualifié d'intermédiaire. En effet, comme l'indique son intitulé, le chapitre VI de la loi du 11 mars 2003 traite uniquement de la responsabilité des intermédiaires sur les réseaux de communications électroniques. Avant d'examiner si un prestataire exerce une des activités exonérées par la loi, il convient donc de déterminer si le prestataire de service peut être considéré comme un intermédiaire au sens de la loi.

En l'absence de texte légal, la Cour de cassation donne sa propre définition. Selon la Cour, le prestataire de service doit remplir deux conditions pour être considéré comme intermédiaire technique : l'absence de con-

9. Par contre, si la loi nouvelle aggravait la peine, elle ne pourrait s'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur car cela serait contraire à l'article 7.1. de la Convention européenne des droits de l'homme.
10. Selon l'exposé des motifs, l'activité de transport vise principalement les activités des opérateurs de réseaux et des fournisseurs d'accès agissant *qualitate qua* (projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, p. 46. Cette exonération peut difficilement être appliquée en l'espèce et, dès lors, ne sera pas abordée dans le présent commentaire.

naissance et l'absence de contrôle sur l'information qui est stockée ou transmise[11].

La Cour de cassation semble opérer une certaine confusion entre la notion de prestataire intermédiaire et certaines des conditions selon lesquelles les activités exercées par un intermédiaire peuvent être exonérées. En effet, les critères relatifs à la connaissance et au contrôle de l'information sont des éléments pertinents dans l'analyse des conditions d'exonération pour les intermédiaires qui exercent une activité d'hébergement (article 20, §§ 1er et 2).

Ainsi, les prestataires d'hébergement seront exonérés de leur responsabilité dès lors qu'ils n'ont pas une connaissance effective de l'information illicite ou, s'ils ont une telle connaissance, dès lors qu'ils retirent l'information ou rendent son accès impossible et pour autant qu'ils respectent une procédure d'information auprès du procureur du Roi[12]. Soulignons que la connaissance du caractère illicite de l'information n'exclut en rien la possibilité d'exonération de responsabilité du prestataire, pour autant qu'il se conforme à certaines obligations positives supplémentaires[13].

En ce qui concerne les activités de simple transport ou de stockage sous forme de « cache », la connaissance de l'information est sans influence sur le bénéfice de l'exemption de responsabilité[14].

La condition de l'absence de contrôle de l'information n'apparaît dans la loi ni pour établir la qualité d'intermédiaire, ni pour définir une quelconque activité, ni même en tant que condition d'exonération[15].

Au vu de ce qui précède, il convient donc de clarifier la notion d'intermédiaire.

Selon l'exposé des motifs de la directive commerce électronique, les activités de l'intermédiaire se caractérisent par le fait que les informations sont fournies par les destinataires du service, et sont transmises ou stockées à leur demande[16].

Ces critères relatifs à l'origine de l'information et de la demande du service ont été confirmés par la doc-

11. En réalité, cette définition reprend littéralement le considérant 42 de la directive commerce électronique. Mais ce considérant ne visait ni la notion d'intermédiaire, ni celle d'activité d'hébergement.
12. On pourrait penser que dès l'instant où le prestataire d'hébergement a une connaissance effective de la présence d'informations ou d'activités illicites, il doit automatiquement faire le choix de les supprimer ou d'en rendre leur accès impossible. En réalité, la première obligation du prestataire est de communiquer les informations ou les activités illicites au procureur du Roi. Le procureur ainsi averti, pourra effectuer une saisie des données conformément à l'article 39*bis* du Code d'instruction criminelle. Le prestataire ne pourra supprimer aucune donnée tant que le procureur du Roi n'a pas pris de décision concernant le copiage, l'inaccessibilité et le retrait des documents. Le prestataire pourra toutefois prendre des mesures visant à empêcher l'accès aux informations.
13. Ces obligations positives peuvent s'avérer difficiles à mettre en oeuvre en cas d'application rétroactive de la loi comme en l'espèce. En effet, afin de bénéficier de l'exonération, le prestataire intermédiaire était tenu d'accomplir des obligations dont il ne pouvait avoir connaissance à l'époque des faits. Ceci est particulièrement problématique pour la condition d'information auprès du procureur du Roi, du fait qu'il était matériellement impossible de la remplir avant l'adoption de la loi et que cette condition est une spécificité de la loi belge. Selon nous, en vertu d'une interprétation de la loi à la lumière de la directive, cette condition devrait être écartée en cas d'application rétroactive de la loi.
14. En ce qui concerne l'activité de *caching*, il existe bel et bien une condition relative à la connaissance, non pas de l'existence de l'information illicite, mais du fait que l'information à l'origine de la transmission ait été retirée du réseau, du fait que son accès ait été rendu impossible ou du fait qu'une autorité administrative ou judiciaire ait ordonné de retirer l'information ou de rendre son accès impossible.
15. L'article 20, § 2, de la loi prévoit que l'exonération de responsabilité pour un hébergeur ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire d'hébergement. Toutefois, il s'agit en l'occurrence du contrôle exercé par le prestataire d'hébergement sur le destinataire du service et non sur les informations elles-mêmes (Voy. « Commentaire article par article de la directive 200/31/CE », *op. cit.*, p. 31).
16. Commentaire article par article de la proposition de directive, *op. cit.,* p. 28.

trine[17] et se retrouvent également dans le texte de la loi belge[18].

Selon nous, cette définition correspond davantage à la réalité de la fonction d'intermédiaire, à savoir qu'il n'est ni à l'origine des informations, ni ne prend l'initiative du stockage ou de la transmission de celles-ci.

2. La notion d'activité d'hébergement

L'arrêt commenté suscite également des interrogations nouvelles quant à la notion d'activité d'hébergement.

Le titulaire d'un site effectue-t-il une activité d'hébergement dès lors que le contenu de son site a été placé par des tiers? Le prestataire d'hébergement doit-il stocker l'information sur son propre serveur pour être considéré comme hébergeur au sens de la loi?

En l'espèce, le titulaire du site litigieux entendait être assimilé à un hébergeur dans la mesure où il stockait sur son site des hyperliens placés par des tiers. Si le titulaire du site avait fourni lui-même ces hyperliens, il n'aurait pu bénéficier d'aucune exonération. En effet, rappelons que l'activité de fourniture de liens hypertexte en tant que telle n'est pas exonérée par la loi[19].

A première vue, la notion d'hébergement fait référence à la situation classique du titulaire d'un site faisant appel à un prestataire technique qui dispose d'un serveur pour stocker le site et le rendre accessible sur Internet. La notion d'hébergement est dès lors comprise habituellement comme le stockage des informations d'un destinataire de service sur un serveur appartenant à un prestataire de service.

La condition de propriété du serveur par le prestataire est apparemment reprise par les travaux préparatoires de la loi et par la doctrine[20]. Ainsi, un prestataire de services de petites annonces en ligne, postées par des tiers, ne pourrait bénéficier de la qualité d'hébergeur qu'à la condition que les annonces aient été hébergées sur son propre serveur[21].

Cependant, ce lien de propriété entre l'hébergeur et le serveur ne nous semble pas un critère déterminant pour définir la notion d'hébergement.

En effet, par manque d'espace, il arrive dans certains cas que les hébergeurs « classiques » délocalisent leurs activités et louent des serveurs à des tiers pour stocker l'information de leurs

17. 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. 101; E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias – Imputabilité de la responsabilité », *in Responsabilités – Traité théorique et pratique*, livre 26*ter*, Bruxelles, Kluwer, 2004, n° 185.
18. Aux alinéas premiers des articles 18 et 19 ainsi qu'à l'article 20, § 1er.
19. 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. 92. Voy. également l'article 21.2 de la Directive européenne sur le commerce électronique qui impose un réexamen de la directive avant le 17 juillet 2003 afin notamment d'analyser la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens d'hypertexte et de services de moteurs de recherche.
20. Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/1, pp. 47-48: « Dès l'instant où celui-ci est informé de la présence d'informations illicites sur l'un de ses serveurs, il doit jouer un rôle actif (...) »; « Il conviendra de ne retenir la responsabilité du prestataire d'hébergement qu'à la triple condition qu'il ait eu connaissance de la présence sur son serveur d'un contenu litigieux (...) ». E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires de l'Internet », *Revue Ubiquité*, n° 5, juin 2000, p. 107; E. MONTERO, « La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux », *op. cit.*, p. 288; 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.
21. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, *ibidem*.

clients. Dans cette hypothèse, si on retient la condition de propriété du serveur, ces prestataires qui louent des serveurs ne réaliseraient pas des activités d'hébergement. Pourtant, ces prestataires s'engagent contractuellement à ce que le contenu soit stocké et rendu accessible sur les réseaux à l'égard de clients qui ne connaissent probablement pas l'existence de la seconde société[22].

En outre, la loi sur le commerce électronique décrit 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 (...) ». Cette définition légale n'impose pas le stockage sur un matériel appartenant au prestataire d'hébergement.

Selon nous, l'activité d'hébergement consiste donc à stocker des informations fournies par des tiers et à leur demande sur un espace appartenant au prestataire ou non.

En théorie, cette formulation large de l'activité d'hébergement peut, dans certains cas, inclure la mise à disposition d'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.

Toutefois, le candidat à la qualité d'hébergeur ne doit que se contenter d'un rôle passif au niveau du contenu. Cela dit, on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un titulaire de site ne se limite pas à une simple activité d'hébergement. En effet, ce dernier est souvent impliqué dans la sélection de textes ou dans la suggestion du contenu, en invitant les tiers à poster des informations déterminées[23]. Dans ce cas, il dépasse son activité d'hébergement et devient un éditeur de contenu[24]. Or, les activités d'édition et de production ne sont pas susceptibles d'exonération et restent soumises au droit commun de la responsabilité[25]. Par conséquent, le titulaire d'un site web risque de voir sa responsabilité engagée sur cette base.

Par ailleurs, le titulaire d'un site web qui effectue des activités d'édition ou de production de contenu ne pourra bénéficier de l'absence d'obligation générale de surveillance. Cette exemption de surveillance n'est prévue qu'en faveur des intermédiaires effectuant des activités visées par la loi. Selon nous, le degré de cette obligation variera en fonction de la thématique du site et devra être appréciée *in concreto*. Ainsi, le titulaire d'un site à caractère pornographique aura une obligation de surveillance plus importante par rapport à celui qui a un site dédié au vin.

L'hypothèse d'un titulaire de site web, qui est uniquement hébergeur, demeurera ainsi marginale. Ce sera le cas par exemple d'un site proposant un service de petites annonces ou de forums sans aucune suggestion de thème.

22. Une analogie peut être faite avec le droit des télécommunications (aujourd'hui, communications électroniques). En effet, selon les pratiques en la matière, la qualification d'opérateur de réseaux de télécommunication ne dépend pas de la propriété des câbles ou de l'infrastructure via lesquels les services sont fournis. Certains prestataires sont considérés comme opérateurs réseaux alors qu'ils louent les infrastructures à d'autres opérateurs.
23. Par exemple, un auteur d'un site fournit parfois des indications sur le type de contenu à introduire dans le site Internet, par le biais d'un texte explicatif accessible sur le site, ou en enregistrant un nom de domaine spécifique (ex. www.imagespedophiles.be).
24. Le fait d'imposer un type particulier de format de l'information (uniquement des « .doc » ou de « html ») ou des aspects techniques particuliers (que des hyperliens, ou de l'espace forum) n'implique aucunement une activité d'édition. En effet, l'édition relève plus de la thématique du contenu que de son format technique.
25. Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *op. cit.*, p. 10.

3. Proposition d'un raisonnement par étapes

Selon nous, les cours et tribunaux amenés à statuer sur des questions d'exemption de responsabilité de prestataires intermédiaires devraient raisonner selon une méthodologie basée sur les étapes suivantes:

La première étape consiste à s'assurer que la personne physique ou morale qui souhaite bénéficier des conditions d'exonération est effectivement un prestataire de services de la société de l'information. Selon l'article 2, 1°, 3° de la loi du 11 mars 2003, le prestataire de services est celui qui fournit un service normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service. Le critère déterminant est d'établir que le service est fourni contre rémunération[26].

En guise de deuxième étape, il convient de vérifier que le prestataire de service agit comme un intermédiaire. Dans chaque cas, le juge devra déterminer si, dans les faits, les informations sont fournies par les destinataires du service, et si les informations sont transmises ou stockées à leur demande.

La troisième étape du raisonnement vise à examiner si l'intermédiaire exerce une activité exonérée c'est-à-dire s'il héberge, stocke sous forme de « cache », transporte de l'information ou fournit un accès au réseau. Pour ce qui est de l'hébergement, nous renvoyons ici à nos développements ci-dessus.

Après s'être assuré que l'activité exercée par l'intermédiaire est effectivement visée par la loi, la dernière étape consiste pour le juge à apprécier si l'intermédiaire respecte les conditions d'exonération fixées par la loi selon le type activité.

Cette méthode d'analyse par étapes a le mérite d'éviter toute confusion entre la qualité d'intermédiaire et les conditions légales d'exonération prévues pour chaque type d'activité.

26. Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, *op. cit.*, pp. 17-18.